МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Короткевич Михаил Александрович

Плюрализм как цель коммуникационных свобод в конституционном праве Федеративной Республики Германия

5.1.2. Публично-правовые (государственно-правовые) науки

ДИССЕРТАЦИЯ
на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, доцент
Шевердяев Станислав Николаевич

Москва – 2025

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ 3

Глава 1. Коммуникационный порядок ФРГ
в национальном конституционно-правовом измерении 18

§1.1. Реалистическая парадигма конституционно-правовых исследований коммуникации в контексте современных подходов к правопониманию 18

§1.2. Плюрализм в системе фундаментальных категорий конституционного (государственного) права Германии 57

§1.3. Конституционно-правовые модели немецкого коммуникационного порядка и их междисциплинарные детерминанты 112

§1.4. Функционализация коммуникационных свобод с целью гарантирования плюрализма 130

Глава 2. Немецкий коммуникационный порядок
под влиянием европейской интеграции 193

§2.1. Единство европейской и немецкой интерпретаций медиаплюрализма 193

§2.2. Медиаплюрализм в европейской системе защиты прав человека 209

§2.3. Медиаплюрализм в первичном праве Европейского союза 230

§2.4. Европейский акт о свободе медиа – смена парадигмы гарантирования медиаплюрализма в Европейском союзе и Германии 263

ЗАКЛЮЧЕНИЕ 292

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ 297

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Плюрализм является ключевым признаком демократии и как организационный принцип по-разному проявляется в архитектуре множества общественных и государственных институтов. С возрастанием медиализации общества[1], связанной как с экстенсивным распространением опосредованной коммуникации, так и с качественным подчинением публичной сферы способам функционирования медиасистемы, важнейшее значение для политической власти приобретает плюрализм в области коммуникации или медиаплюрализм[2]. Таким образом, медиализированная публичная сфера все более оттесняет традиционные для конституционного права способы легитимации государства посредством выборов и парламентской деятельности. Поэтому сегодня взгляд конституционалистов по всему миру обращается к поиску решений по надлежащему регулированию коммуникационного сектора, адекватных его возросшему политическому значению.

Современное демократическое и социальное государство больше не воспринимает плюрализм в сфере коммуникации исключительно как состояние, предполагающее невмешательство. Технологическое и экономическое развитие усиливают существующие гомогенизирующие тенденции, игнорирование которых с точки зрения лежащей в основе конституционного права идеи сдерживания политической власти оказывается более невозможным. Поэтому широкое распространение, в особенности на европейском

---

[1] **Понятие медиализации** (нередко в качестве равноправного также используется термин *медиатизация*) не имеет конвенционально сложившегося научного определения, но в широком смысле предполагает растущее в различных аспектах подчинение институту медиа всего современного социального пространства и, в особенности, сферы властеотношений. См., например: Hepp, A. Mediatisierung / Medialisierung // Schröter, J. (Hrsg). Handbuch Medienwissenschaft. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2014. S.190-196; Meyen, M. Medialisierung // M&K Medien & Kommunikationswissenschaft. 2009. Vol. 57. №1. S.23-38. К важным содержательным деталям концепции медиализации в привязке к немецкой проблематике мы обращаемся в §1.1. диссертации.

[2] **Медиаплюрализм** означает многообразие в медиасистеме в широком смысле, измеряемое на основе различных критериев. Например, профессор Вольфганг Хоффманн-Рим в классической немецкой работе по конституционному праву упоминает пять измерений многообразия в сфере коммуникации, которые признает и ФКС в своей постоянной практике по коммуникационным свободам: *во-первых*, отражение в медиа содержательного многообразия представленных в обществе мнений в максимально возможной полноте, *во-вторых*, обеспечение представленности в медиа значимых общественных персон, групп и институтов, *в-третьих*, наличие в медиа предметного многообразия волнующих общество тем и событий, *в-четвертых*, учет пространственного многообразия, в том числе локальных, региональных, национальных и международных коммуникационных пространств, *в-пятых*, сохранение жанрового разнообразия информационных, развлекательных, образовательных и экспертных форматов. См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit // Benda, E. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1994. Rn. 60-61. В настоящей работе мы выделяем несколько иные измерения медиаплюрализма, в частности: плюрализм *внутренний* (содержательный) и *внешний* (формальный); плюрализм *дескриптивный* и плюрализм *нормативный*; плюрализм *на стороне потребителя* и *на стороне производителя* информации. Конституционно-правовые последствия неопределенности подходов к интерпретации плюрализма в сфере коммуникации мы анализируем в §2.1. диссертации.

континенте, находит интерпретация плюрализма как цели или ценности, требующих от государства и общества их активного воплощения.

В этом контексте особый интерес представляет Федеративная Республика Германия, с первых послевоенных десятилетий активнее других западных стран искавшая баланс между свободой и равенством в сфере коммуникации непосредственно в парадигме конституционного права. Однако, произошедшие в Германии трансформации последних пяти лет, в том числе и названное властями *«сменой эпох»* (Zeitenwende) гибридное чрезвычайное положение, однозначно указывают на разрушение этого равновесия и переход к сверхинвазивному государственно-общественному вмешательству в область индивидуальной и массовой коммуникации ради расширения возможностей воинствующей демократии по активной защите и превентивному оформлению социального многообразия.

Упомянутая смена эпох, в своей сущности глубоко антилиберальная, ознаменовалась введением конфликтующего с коммуникационными свободами абзаца 1 статьи 5 Основного закона ФРГ (далее – коммуникационные свободы)[3] регулирования, формально направленного на защиту плюрализма, но в действительности вызывающего существенный ограничительный эффект и охватывающего коммуникационную политику во всей широте деталей: от введения размытых уголовных составов за критику власти через усиление административного надзора за прессой, масштабного субсидирования медиа и изоляции от трансграничных информационных потоков до перенастройки института общественного вещания, знаменующей отказ от его построения на конституционно защищаемых принципах децентрализации и независимости от государства. Таким образом, несущие конструкции немецкого коммуникационного порядка, установленные западными союзниками еще до вступления в силу Основного закона ФРГ (далее – Основной закон), за прошедшее пятилетие если и не были полностью повреждены, то подверглись деформации, угрожающей функциональности всей конституционной системы.

В конкуренцию с Германией за ограничение коммуникационных свобод активно включился Европейский союз (далее – ЕС), стремясь перехватить контроль за гарантированием медиаплюрализма в собственных интересах. Введенное в этот же период европейское регулирование по своему репрессивному для свободной коммуникации потенциалу существенно превосходит немецкое и конфликтует не только с первичным правом ЕС в компетенционном, правочеловеческом и ценностном аспектах, но и очевидно нарушает коммуникационные свободы Основного закона, многие десятилетия

---

[3] **Под коммуникационными свободами** в представленном исследовании понимаются *свобода выражения мнения*, *свобода информации*, *свобода прессы* и *свобода вещания*, гарантированные абзацем 1 статьи 5 Основного закона. См.: Конституции зарубежных стран / Сост. Дубровин В.Н. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2001. С. 129. Подробные комментарии о системе коммуникационных основных прав в немецком конституционном праве даются в §§1.1, 1.4. диссертации.

подвергавшиеся пусть и весьма спорной, однако, тщательно выверенной интерпретации Федерального конституционного суда ФРГ (далее – ФКС), образующей ядро конституционной идентичности немецкого государства.

Объективный результат такой защиты многообразия отражается в настроениях населения: согласно актуальным опросам лишь 40% немцев полагает, что в Германии можно свободно выражать свое мнение – это самое низкое значение с начала проведения подобных измерений в 1953 году[4]. Недооценить конституционно-правовые риски очерченной динамики невозможно. Широко интерпретируемое гарантирование плюрализма в действительности означает проведение коммуникационной политики, подкрепленное, а не ограниченное конституционным правом. Поскольку в коммуникационной среде следствием активного гарантирования плюрализма в одном аспекте может быть возникновение гомогенности в другом, власть получает едва ли ограниченные возможности управления общественным мнением, маскируя политически значимое единство в мнимом многообразии. Таким образом, граница между защитой многообразия и защитой от многообразия исчезает, а *гарантирование плюрализма обращается в исключение гетерогенного*.

Особенно остро в этом контексте встает вопрос о стабильности и нормативной силе Основного закона, недавно отметившего 75-летие. Если в каждую объявленную властями новой эпоху (или даже в каждом конкретном деле, результат которого определяется на основе взвешивания абстрактных конституционных принципов-ценностей) Основной закон понимается по-разному, в зависимости от динамичной конституционной действительности, которая зачастую монопольно определяется тесно связанной с властью медиасистемой, то долголетие немецкой конституции можно объяснить отсутствием у нее сдерживающего эффекта. В таких условиях провозглашенная немецкими властями антилиберальная смена эпох предопределяет и интерпретацию основных прав, что неизбежно ведет к утрате ими своей классической сущности.

Проблематика нормативной силы Основного закона в привязке к рассматриваемой теме предполагает обращение к исследованию феномена функционализации коммуникационных свобод – управляемого ФКС процесса ослабления индивидуально-субъективного содержания основных прав в пользу их объективно-ценностной интерпретации, зависящей от духа времени и политической целесообразности, которые, в свою очередь, в послевоенной Германии определяются при активном участии западных союзников. Функционализация означает постепенное превращение коммуникационных свобод в обязанности, которое с радикализацией европейского и немецкого

[4] См. подробнее: Meinungsfreiheit in Deutschland. Statista. URL: https://de.statista.com/themen/12932/meinungsfreiheit/ (accessed: 01.10.2025).

ограничительного медиарегулирования, как представляется, приближается к финалу. Известный конституционалист, судья Конституционного суда Саксонии в отставке, профессор Кристоф Дегенхарт (Christoph Degenhart) видит в этой динамике угрозу, омрачившую юбилей Основного закона: *«государство определяет, что мы не вправе говорить, но оно также все больше указывает, что нам следует говорить»*[5].

Парадоксально, но исследователи не склонны замечать ни демонтаж послевоенного европейского и немецкого коммуникационных порядков, ни скрывающиеся за этим фундаментальные проблемы сохранения нормативной силы Основного закона. В Германии, возможно, это обстоятельство связано с тем, что академическое сообщество в своем большинстве страшится негативных последствий за «делегитимизацию государства» – введенное с 2021 года гибридное преследование системной критики властных институтов[6], препятствующее конституционно-правовой науке в изучении своего предмета. Лишь некоторые критические голоса все еще способны объективно оценить существенное ухудшение положения дел в области соблюдения коммуникационных свобод[7]. Гораздо труднее найти объяснение тому факту, что некоторые российские ученые без оглядки на актуальные события продолжают некритично воспринимать немецкий конституционно-правовой опыт и призывать к рецепции именно тех его элементов, которые, как показано в настоящей работе, и нанесли коммуникационным свободам Основного закона немалый ущерб.

Важные перемены сегодняшнего дня побуждают к установлению связей текущих событий в ФРГ с фундаментальными проблемами и категориями немецкого государственного права, занимавшими ученых Веймарского периода и научные школы послевоенных десятилетий Боннской республики. Актуальность этих вопросов и вовсе является непреходящей, а практическая значимость пересекает государственные границы. Поэтому проведение по заявленной теме обстоятельного междисциплинарного конституционно-правового исследования в реалистической парадигме способно внести определенный вклад в науку и стать поводом для будущего полемического, но конструктивного диалога между научными сообществами России и Германии.

---

[5] Degenhart, C. 75 Jahre Grundgesetz: Wie der Staat Meinungsfreiheit einschränkt. Gastbeitrag. Frankfurter Allgemeine Zeitung. URL: https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien-und-film/christoph-degenhart-wie-der-staat-meinungsfreiheit-bedroht-19738785.html (accessed: 01.10.2025).

[6] См.: Murswiek, D. Verfassungsschutz. Wer delegitimiert hier wen? Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/verfassungsschutz-kritik-extremismus-delegitimierung-verfassung-bericht (accessed: 01.10.2025).

[7] См. в этом направлении: Degenhart, C. Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie? // Kriminalpolitische Zeitschrift. 2025. №1. S. 4-9; Gröpl, C. Wie viel Meinungsfreiheit verträgt der Rechtsstaat? // Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. 2025. Vol. 44. №5. S. 281-286; Rostalski, F. Zugriffe auf die Meinungsfreiheit erleben Konjunktur. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/strafrecht-verschaerfungen-meinungsfreiheit-diskurs-rostalski (accessed: 23.04.2025).

Степень научной разработанности темы в трудах немецких государствоведов, с одной стороны, характеризуется серьезной глубиной. Так, фундаментальную дискуссию о плюрализме вели знаменитые юристы Веймарского периода, среди которых в особенности следует выделить Г. Кельзена, Г. Хеллера, Р. Сменда, К. Шмитта и Г. Пройса. На современном этапе к конституционно-правовым измерениям плюрализма систематически обращались Э.В. Бёкенфёрде, Э. Форстхофф, К. Хессе, П. Хеберле, А. Фосскуле, К. Мёллерс, Р. ван Ойен, Ф. Гюнтер, М. Лотар, А. Нуссбергер, Г. Люббе-Вольф и многие другие.

В области конституционного медиаправа существенный вклад в исследование коммуникационных свобод Основного закона внесли В. Хоффманн-Рим, К. Дегенхарт, М. Корнилс, М. Пашке, Х. Герсдорф, А. Паулус, К.Х. Ладер, Ф. Фехнер, М. Флитч, К. Грепль, Ш. Хинделанг и другие. Европейский коммуникационный порядок с немецкой конституционно-правовой перспективы детально изучили М. Коул, Й. Укров, К. Эттельдорф, Ю. Кюлинг, М. Неттесгейм, Г. Ярасс, В. Шульц, К. фон Кельн, Р. Гроте, А. Ингольд, Я. Нильсен и другие.

С другой стороны, по предмету настоящей работы в академической литературе ФРГ практически невозможно найти системные критические конституционно-правовые исследования, выполненные в реалистической макроперспективе. Восполняя этот пробел, настоящая работа может представлять определенный интерес для немецких коллег, занимающихся сравнительно-правовыми исследованиями.

В России конституционно-правовой научный поиск по заявленной теме практически не ведется. Некоторые прямые отсылки к проблематике можно найти в статьях В.Н. Монахова, опубликованных более 15-и лет назад. Одна из крайне редких современных монографических работ под авторством М.А. Липчанской и С.А. Привалова, посвященная сравнительному анализу конституционной свободы массовой информации в России и Германии[8], а также выполненная под научным руководством М.А. Липчанской диссертация последнего[9], задают высокий стандарт, но по постановке исследовательского вопроса и набору анализируемых проблем практически не совпадают с настоящей диссертацией, а также в силу высокой динамики регулирования упускают из виду текущие реформы немецкого и европейского коммуникационных порядков и потому могут быть органично дополнены представленным исследованием.

Интеграция Германии как в общеевропейскую систему защиты прав человека, так и в институциональные структуры ЕС соединяет избранную узкую тему с фундаментальными

[8] Липчанская, М.А., Привалов, С.А. Конституционная свобода массовой информации в России и Германии: теория и практика. Монография. Москва: Проспект, 2024.

[9] Привалов, С.А. Свобода массовой информации в Российской Федерации и Федеративной Республике Германия: сравнительное конституционно-правовое исследование: дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: 12.00.02. РАНХиГС при Президенте РФ, Москва, 2022.

российскими сравнительными конституционно-правовыми исследованиями Совета Европы и Европейского союза, ведущимися на базе Института государства и права Российской академии наук при активном участии Т.А. Васильевой и Н.В. Варламовой[10].

Объектом диссертационного исследования является включенный в многоуровневую систему европейской власти немецкий коммуникационный порядок – комплекс общественных отношений, возникающих в сфере массовой и индивидуальной коммуникации в связи с гарантированием и реализацией конституционно-правовых установлений Основного закона.

Предмет диссертационного исследования составляют образующие конституционно-правовое ядро немецкого коммуникационного порядка и объединенные целью сохранения и поддержания плюрализма коммуникационные свободы, а также закономерности их развития в научной доктрине, конституционно-судебной практике и обычном законодательстве, протекающего в сложном взаимодействии с коммуникационной политикой.

Цель диссертационного исследования состоит в построении на основе конституционного права междисциплинарной концепции проблемного взаимодействия между коммуникационными свободами как классическими индивидуально-субъективными гарантиями и структурирующими процесс формирования плюралистического общественного мнения объективными принципами немецкого конституционного правопорядка, с одной стороны, и движимой стремлением к власти государственной и наднациональной коммуникационной политикой, с другой стороны.

Достижению названной цели служит решение следующих **задач**:

— сформировать методологию и модель правопонимания, позволяющие без содержательных потерь согласовать многообразные научные подходы к исследованию коммуникации на фундаменте конституционного права;

— выработать цельный и значимый для предмета исследования философско-, политико- и историко-правовой контекст действующего конституционного режима ФРГ как плюралистической демократии с привязкой к фундаментальным дискуссиям немецкого конституционного (государственного) права;

---

[10] См., например: Конституция и права человека: современная доктрина и практика: Монография / Под ред. Т.А. Васильевой, Н.В. Варламовой. М.: ИГП РАН, 2021; Конституционализм: универсальное и национальные измерения: монография / Под ред. Т. А. Васильевой, Н. В. Варламовой. М.: ИГП РАН, 2022; Обеспечение прав человека и осуществление публичной власти в современных условиях: проблемы и решения: Монография / Под ред. Т.А. Васильевой, Н.В. Варламовой. М.: ИГП РАН, 2023; Васильева, Т. Соотношение европейской и национальной идентичности в юридической доктрине и практике Суда ЕС // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 3(154). С. 90-104.

- выявить базовые нормативные конституционно-правовые модели немецкого коммуникационного порядка с учетом их экономических, социологических и технологических детерминант;
- актуализировать концепцию функционализации коммуникационных свобод с целью гарантирования плюрализма в свете современных трансформаций догматики основных прав на примерах конституционно-судебной практики и конституционализированного обычного законодательства;
- определить конституционно-правовые риски, угрожающие классическому содержанию коммуникационных свобод, и тенденции в развитии немецкого коммуникационного порядка;
- выдвинуть рекомендации по возможному реформированию коммуникационного порядка Германии для восстановления свободы личности, автономии общества и суверенитета государства в коммуникационной сфере;
- проверить соответствие конституционно-правового ядра немецкого коммуникационного порядка традиционным и новым подходам к гарантированию плюрализма в рамках Совета Европы и в праве ЕС.

Теоретическую основу диссертационной работы составляют труды немецких и иных зарубежных ученых, изучавших влияние конституционного права в целом и коммуникационных свобод в частности на национальные и наднациональные коммуникационные порядки, а также необходимые для более широкой государственно-правовой концептуализации научные работы классиков Веймарского и Боннского периодов. Междисциплинарная направленность исследования потребовала системного обращения к теоретическим построениям из областей философии, социологии, политологии, экономики и наук о коммуникации, аргументационно взаимосвязанных с конституционно-правовыми подходами к регулированию массовой и индивидуальной коммуникации.

Нормативная база настоящей диссертации в первую очередь включает Основной закон ФРГ, конституции федеральных земель, федеральное и региональное законодательство, оформляющие или ограничивающие коммуникационные свободы, а также Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод (далее – ЕКПЧ), Хартию Европейского союза об основных правах (далее – Хартия), Договоры ЕС и вторичное право союза в аспектах, релевантных для функционирования немецкого коммуникационного порядка.

Эмпирическая основа исследования включает в себя судебные акты ФКС и наднациональных судов, официальные политические программы, проекты реформ и планы действий, экспертные заключения, данные социологических и экономических измерений, статистику, исторические документы, исследования и комментарии, данные журналистских

расследований, комментарии экспертов в медиа, а также результаты собственных наблюдений, полученных в ходе научных стажировок.

Методологическую основу настоящей работы составляют общенаучные и специально-юридические методы. Так, важную роль в исследовании сыграл диалектический метод, позволивший изучить противоречивые отношения конституционализма и этатизма, проследить за сложным взаимодействием индивидуально-субъективного и объективно-правового измерений основных прав, оценить результаты конфликтного сосуществования нормативных моделей немецкого коммуникационного порядка, а также извлечь из связи плюрализма и монизма критические выводы в отношении концепции активного гарантирования медиаплюрализма в коммуникационной сфере. Формально-юридический метод часто использовался при анализе законодательных новелл, ограничивающих коммуникационные свободы. Сравнительно-правовой метод был задействован при оценке конституционности влияния европейской интеграции на коммуникационный порядок Германии. Историко-правовой метод поспособствовал более полному критическому исследованию германских институтов вещания и прессы, оформленных при существенной роли западных союзников.

Теоретическая значимость работы состоит в том, что результаты исследования развивают базовые категории конституционного права, соотнося с ними различные подходы к регулированию массовой и индивидуальной коммуникации как проявления коммуникационной политики и, таким образом, формируя конституционное медиаправо, а также обогащают современную российскую теорию прав человека, предлагая концепцию функционализации основных прав как универсального аналитического инструмента, полезного для определения их содержания и нормативной силы.

Практическая значимость работы выражается в возможности использования результатов исследования, во-первых, при оценке (не)целесообразности российской рецепции критически проанализированных институтов конституционного права ФРГ в целом и элементов немецкого и европейского коммуникационных порядков в частности, во-вторых, в рамках международной дискуссии о проблемах, связанных с соблюдением коммуникационных свобод в Германии и ЕС, а также при выработке адекватных мер, способствующих их устранению. Кроме того, результаты исследования могут быть полезны не только при актуализации преподаваемых на юридических факультетах учебных дисциплин (конституционное право зарубежных стран, конституционное правосудие, права человека, право ЕС, медиаправо и сравнительное правоведение), но и послужить дополнениями к учебным курсам по направлению «Журналистика».

Научная новизна диссертации заключается в комплексном подходе к исследованию избранной тематики, который позволяет на основе реалистического анализа установить

накопление в коммуникационном порядке ФРГ системных противоречий, препятствующих эффективной реализации конституционно-правовых гарантий свободной коммуникации.

Безусловно новым является концентрированный критический перенос актуальной немецкой дискуссии в российскую конституционно-правовую науку как по широко обсуждаемым темам конституционализации, теории прав человека и европейской интеграции, так и по весьма узкой проблематике конституционного медиаправа, который способен несколько скорректировать в названных областях укрепившийся в России дисбаланс в сторону исследований о Германии и ЕС, выполненных исключительно в комплиментарном духе, снижающем ценность приоритетного для науки поиска истины.

Новизна заключается и в комплексном проблемном научном комментарии ранее не затронутого в российских исследованиях правового материала по коммуникационной тематике, который может послужить подспорьем для дальнейших изысканий в парадигме настоящей работы или быть задействован учеными, ведущими поиск по смежным проблемам.

Научная новизна диссертационного исследования состоит также **в положениях, выносимых на защиту:**

1. Конституционно-правовые исследования коммуникационной сферы необходимо проводить на междисциплинарной основе. В то же время большинство немецких научных работ по конституционно-правовой проблематике массовой и индивидуальной коммуникации характеризуются методологической непоследовательностью, либо вовсе не уделяя должного внимания внеправовому контексту, либо произвольно устанавливая соотношение между формально-догматическим изучением конституционной нормативности и социологически ориентированным обращением к конституционной действительности. Для преодоления недостатков методологического плюрализма следует структурировать многообразие подходов в рамках реалистической методологической парадигмы на основе поддающегося рациональной оценке стремления к власти, являющейся универсальным коммуникативным средством в глобальном сетевом обществе.

2. С размытием дуализма общества и государства плюрализм становится одновременно ключевой ценностью, продуктом и необходимой предпосылкой либерального демократического режима, сдерживающей тотальное урегулирование общественных отношений в результате их конституционализации. Широкая трактовка категории плюрализм объединяет на основе признаков независимости, автономии и равноправия множество его проявлений, среди которых важнейшими являются плюрализм публичных властей, включая его местный, федеративный и наднациональный аспекты, плюрализм политических партий и общественных объединений, плюрализм мнений и убеждений. В процессе социальной медиализации особую значимость приобретает плюрализм в сфере

коммуникации (медиаплюрализм), гарантирование которого постепенно заменяет представительную демократию как основную форму реализации народного суверенитета. Таким образом, проблематика медиаплюрализма является органическим элементом немецкой и европейской конституционно-правовой науки и практики.

3. Отношение к плюрализму лежит в основе различия между конституционализмом («мышлением от конституции» – Denken von der Verfassung her) и этатизмом («мышлением от государства» – Denken vom Staat her) – двумя структурирующими измерениями конституционного (государственного) права Германии, обеспечивающими преемственность исторических форм ее государственности и научных эпох. Дружественным к плюрализму как нормативной политической позиции следует считать мышление от конституции, характерное на послевоенном этапе для школы Рудольфа Сменда – господствующего академического направления, выступавшего за устранение дуализма государства и общества в духе глобальных западных теорий плюралистической демократии, динамическое и расширительное толкование Основного закона при гармонизирующем активизме ФКС в открытом обществе конституционных интерпретаторов и плюрализацию догматики прав человека. Критическим к плюрализму является мышление от государства, которое отстаивала школа Карла Шмитта – оппозиционная научная партия, стремившаяся к разделению государства и общества для сохранения политической субъектности национального государства как гаранта иерархичного правового порядка, способного обеспечить индивидуальную свободу, сдерживанию конституционной юстиции в целях сохранения парламентской дискреции и строгости либеральной догматики основных прав. На современном этапе в Германии наблюдается смешение двух названных направлений, свидетельствующее об утрате немецкой правовой доктриной своей дисциплинирующей функции при доминировании конституционно-судебного позитивизма.

4. Последовательное применение мышления от конституции или от государства к коммуникационной сфере приводит к выделению двух действующих конституционно-правовых моделей коммуникационного порядка Германии – интеграционной (или плюралистической) и либерально-этатистской.

Интеграционная модель предполагает проведение коммуникационной политики для конструирования генерализованного общественного мнения, устанавливающего примат общества над государством через контроль за его непарламентской легитимацией. Основным каналом осуществления коммуникационной политики становится гарантирование медиаплюрализма, которое распадается на противоположные по направленности измерения, в своем конфликтном взаимодействии образующие неисчерпаемый источник поводов для вмешательства в коммуникационную сферу. Интерпретируя гарантирование плюрализма в качестве объективно-правового содержания

коммуникационных свобод, ФКС способствует политизации конституционного права, угрожающей Основному закону потерей нормативной силы.

5. Либерально-этатистская модель стремится сохранить за государством роль политической нейтрализующей силы и потому отдает приоритет парламентскому способу его легитимации, предпосылая не гарантирование, а уважение медиаплюрализма как состояния, требующего невмешательства. Коммуникационные свободы сохраняют строгую индивидуально-субъективную направленность в отношениях индивида и государства. Основное преимущество либерально-этатистской модели заключается в разделении политики и основных прав, укрепляющем нормативную силу последних, при этом существенные для демократии недостатки организации коммуникационной сферы на принципах свободного рынка могут быть скорректированы решением законодателя.

6. Важным научным инструментом для анализа наполнения основных прав объективно-правовым содержанием в богатстве его ценностных, демократических, социальных и антидискриминационных элементов является концепция функционализации коммуникационных свобод, предполагающая присвоение им в ходе конституционно-судебной интерпретации новой функции, ослабляющей их классическое индивидуально-субъективное содержание, осуществляемое двумя методами:

1) путем приоритизации защиты определенного способа реализации коммуникационной свободы, служащего выполнению назначенной функции;

2) путем десубъективирующей абсолютизации объективно-правового содержания и детальной конституционно-судебной и законодательной регламентации коммуникационной свободы, превращающей реализацию основного права в осуществление компетенции или даже обязанность.

Проводимая ФКС функционализация коммуникационных свобод ведет к недопустимому совпадению носителя и адресата основного права и как непредусмотренная процедура, направленная на ограничение или лишение основных прав, нарушает Основной закон.

7. Плюрализм является основной целью функционализации коммуникационных свобод.

1) Свобода выражения мнения функционализируется по первому методу посредством установления ФКС презумпции в пользу свободы слова как преимущества при взвешивании в конкретном деле, что в условиях гиперболизации защиты находящихся в противоречии со свободой выражения мнения правовых благ позволяет признать любое высказывание правомерным или неправомерным исключительно на основе судебного усмотрения.

2) Свобода информации в силу своей особой природы как выводимого из свободы выражения мнения юстициабельного позитивного обязательства, гарантирующего

трансграничный информационный поток, не подверглась непосредственной конституционно-судебной функционализации, но в доктрине, обычном законодательстве и практике формулируются идеи ее наполнения объективно-правовым содержанием по второму методу, по объему совпадающим с коммуникационной политикой.

3) Свобода прессы функционализируется на основе смешения двух методов. По первому методу ФКС присваивает прессе направленную на гарантирование медиаплюрализма публичную задачу в форме неконкретизированного конституционного ожидания, обосновывающего чрезмерные привилегии медиа в рамках института свободной прессы. По второму методу из публичной задачи прессы выводятся обязательства журналистской добросовестности, избирательно конкретизируемые в обычном законодательстве в зависимости от политической целесообразности.

4) Свобода вещания подвергается наиболее интенсивной функционализации по второму методу. ФКС в отрыве от конституционного текста квалифицирует данное основное право как служащую плюрализму свободу, вводит подавляющую индивидуально-субъективное измерение презумпцию ее конституционно-судебного и законодательного оформления, а не ограничения, и в деталях регламентирует порядок реализации указанной свободы вплоть до определения надлежащего с точки зрения функциональной пригодности носителя основного права.

8. В целях восстановления действия коммуникационных свобод необходимо отменить результаты их функционализации и рассматривать указанные основные права как узкие гарантии в отношениях индивида и государства при классическом понимании вмешательства и минимальном применении принципа соразмерности. Коммуникационная политика, направленная на необходимое восполнение позитивного аспекта коммуникационной свободы, должна быть помещена в сферу широкой дискреции федерального законодателя без возможности делегирования и при сохранении за землями нестратегического влияния, что потребует внесения изменений в Основной закон. Для придания его тексту большей стабильности конституционный законодатель должен также точнее определить статус ФКС как конституционного органа. Институт общественного вещания в роли гаранта республиканского единства и средства коррекции недостатков свободного рынка должен быть сохранен, а его связь с парламентом в аспектах управления и финансирования – усилена. В целях защиты национальных демократии и экономической системы законодатель вправе принять и другие меры по организации коммуникационного порядка, способствующие восполнению дефицита суверенитета ФРГ.

9. В многоуровневой системе власти в Европе утвердилась аналогичная немецкой широкая интерпретация медиаплюрализма, сигнализирующая об успешном экспорте интеграционной модели коммуникационного порядка ФРГ на общеевропейский уровень. В

рамках европейской системы защиты прав человека гарантирование медиаплюрализма характеризуется сдержанностью. Страсбургский суд сближается с подходами ФКС, демонстрируя при этом избирательное уважение к дискреции Германии и индивидуально-субъективному измерению свободы выражения мнения. В условиях экспансии европейского медиарегулирования, однако, возрастает потенциал гарантирования медиаплюрализма как результата конвергенции ценностей, коммуникационных свобод Хартии ЕС об основных правах и экономических свобод внутреннего рынка, в своем единстве обращаемых институтами ЕС против коммуникационных порядков государств-членов союза.

10. Наибольший ограничительный эффект гарантирование медиаплюрализма приобретает в праве Европейского союза. Институты ЕС стремятся через получение контроля над формированием европейской идентичности в целом и европейской публичной сферы в частности создать источник автономной легитимации союза для преодоления принципа наделения компетенцией и дальнейшего переоформления национальных коммуникационных порядков, образующих основу идентичности государств-членов ЕС. Обходя компетенционные ограничения, европейский законодатель осуществляет парадоксальную унификацию медиаплюрализма под эгидой внутреннего рынка с целью введения чрезвычайного положения в коммуникационной сфере. В условиях доказанной неэффективности способов защиты национальной идентичности на уровне европейских институтов ФКС следует констатировать выход ЕС за пределы своих полномочий при осуществлении конституционно значимого медиарегулирования.

Личный вклад автора. Выносимые на защиту результаты получены лично автором; вклад автора в результаты, опубликованные в работах по теме, является определяющим.

Достоверность результатов диссертационного исследования обеспечивается обоснованностью использования избранной методологии, анализом достаточного объема нормативной базы, немецкой и иной зарубежной научной литературы, конституционно-судебной практики и привлечением результатов междисциплинарных исследований.

Апробация результатов исследования. Основные положения проведенной работы представлены в 4 научных публикациях автора, опубликованных в ведущих рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности и отрасли наук.

Основные положения и выводы, содержащиеся в исследовании, нашли отражение в докладах автора на 8 научных конференциях:

— *«Модель общественного вещания в Германии»* на Международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов 2023», МГУ имени М.В. Ломоносова, 12 апреля 2023 года;

— *«Плюрализм как цель коммуникационных свобод в конституционном праве ФРГ»* на Всероссийской конференции с международным участием «Права человека: проблемы концептуализации, позитивации и защиты. К 75-летию Всеобщей декларации прав человека», Институт государства и права Российской академии наук, 18 октября 2023 года;

— *«Конституционно-правовые особенности коммуникационного порядка Федеративной Республики Германия»* на Международной научно-практической конференции «Медиаправо 2023», НИУ Высшая школа экономики, 7 декабря 2023 года;

— *«Новая парадигма надзора за электронными СМИ в Германии»* на Международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов 2024», МГУ имени М.В. Ломоносова, 17 апреля 2024 года;

— *«Соразмерность конституционной нормативности и конституционной действительности в немецких исследованиях о России и в российских исследованиях о Германии»* на Международной научной конференции «Сравнительное государствоведение. К 100-летию со дня рождения В.Е. Чиркина», Институт государства и права Российской академии наук, 23 октября 2024 года;

— *«Европейский акт о цифровых услугах (DSA) и конституционное право ФРГ: конфликтный потенциал и точки несовместимости»* в рамках Международной научно-практической конференции «Российская правовая система: в поисках национальной идентичности», МГУ имени М.В. Ломоносова, 29 ноября 2024 года;

— *«Медиаплюрализм через регулирование и надзор: смена вех в Европейском союзе и Германии»* на Международной научно-практической конференции «Медиаправо 2024», НИУ Высшая школа экономики, 13 декабря 2024 года;

— *«Живой» коммуникационный порядок Европейского союза: продолжение интеграции или нарушение Договоров?»* на Международной научной конференции «“Живая конституция”: современные преломления», Институт государства и права Российской академии наук, 3 июня 2025 года.

Кроме того, выводы и положения, полученные при работе над диссертацией, были апробированы в рамках годовой научно-исследовательской стажировки для аспирантов на юридическом факультете Университета города Регенсбурга (Германия) в 2021/2022 учебном году, а также в рамках семестровой стажировки в Университете города Ростока (Германия) в 2019/2020 учебном году.

Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Структура диссертационного исследования предопределена его целью и задачами и состоит из введения, двух глав, объединяющих в совокупности восемь параграфов, заключения и списка литературы.

Глава 1. Коммуникационный порядок ФРГ в национальном конституционно-правовом измерении

§1.1. Реалистическая парадигма конституционно-правовых исследований коммуникации в контексте современных подходов к правопониманию

1. Конституционно-правовое регулирование как массовой, так и индивидуальной коммуникации[11] в Германии призвано гарантировать в стране *демократический коммуникационный порядок* (demokratische Kommunikations- und Medienordnung), предполагающий, прежде всего, процесс свободного формирования общественного и индивидуального мнения в условиях плюрализма и конкуренции различных идей[12]. Федеральный конституционный суд Германии (далее – ФКС) подчеркивал, что защита свободной коммуникации является фундаментом конституционного строя немецкого государства и вместе с этим необходимой предпосылкой для реализации практически любой

[11] В настоящей работе терминологически предлагается исходить из теории британского социолога Джона Томпсона (John Thompson), который под *коммуникацией* понимает вид социальной активности, затрагивающий производство, передачу и получение символических форм. Под символическими формами (или также смыслом, знаниями) подразумевается информация как содержание коммуникации. Коммуникация невозможна без медиа. В литературе справедливо подчеркивается, что употребление многозначного понятия медиа (Medienbegriff) варьируется в различных науках в зависимости от исследовательских целей. В широком смысле понятие медиа охватывает практически все, что делает возможной коммуникацию; при подобном рассмотрении медиа являются, например, свет, вода, камни, время, язык, пространство, воздух и так далее. Подобную точку зрения занимали представители Торонтской школы коммуникаций (Гарольд Иннис, Маршалл Маклюен). Некоторое сужение понятия медиа предлагают сторонники ориентированного на коммуникацию понятия медиа, которое основывается на разделении медиа и орудий труда (Medien und Werkzeugen). Согласно этому подходу медиа суть средства, которые служат индивидуации мыслей – формулированию смыслов, чувств, опыта об окружающем мире; орудия труда же необязательно должны служить этой цели. В конце 1960-х годов, прежде всего, в связи с распространением телевидения, понятие медиа стало применяться как собирательное прежде всего в отношении технических средств: кино, телевещания, радио, компьютера. Для юридических исследований, в том числе и настоящей работы, понятие медиа, однако, требуется подвергнуть дальнейшему уточнению: в отсутствие легального определения в немецкой специальной литературе под медиа понимаются формальные социальные институты, которые в отличие от неформальных медиа как, например, язык или музыка, организованно и с помощью технических средств способствуют распространению информации. Среди первых традиционно выделяются массмедиа или средства массовой коммуникации (пресса, теле- и радиовещание, кино) и медиа, способствующие индивидуальной коммуникации (телекоммуникация), а в последнее время – также смешанные формы (социальные сети). Такое понимание медиа подразумевается в работе по общему правилу. См. подробнее: Thompson, J. B. The media and modernity: a social theory of the media. 1. Aufl. Cambridge: Polity Press. 1995. S.18., цит. по История и теория медиа / Кирия, И.В., Новикова, А.А. - 2-е изд. испр. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2020. С.15-20., Hickethier, K. Einführung in die Medienwissenschaft. 2. Aufl. Stuttgart; Weimar: Metzler; 2010. S.18-25., Fechner, F. Medienrecht: Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk und Multimedia. 21. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021. S.4-6.

[12] См.: Bethge, H. GG Art. 5 // Coelln, C., Mann, T. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 10. Aufl. München: C.H. Beck; 2024. Rn. 15-21. Здесь и далее доступ к комментариям через СПС Beck-online: Die Datenbank и JURIS (accessed: 01.10.2025).

свободы Основного закона[13]. Демократический коммуникационный порядок в своем ядре обеспечивается комплексом находящихся во взаимодополняющей связи друг с другом основных прав – свободы выражения мнения, информации, прессы и вещания, часто обозначаемых как *коммуникационные свободы* (Kommunikationsgrundrechte, Kommunikationsfreiheiten)[14], объединенных общей целью поддержания и развития плюрализма[15]. В то же время названный порядок воплощается и в обычном законодательстве, которое рассматривается как развивающее, конкретизирующее или ограничивающее системообразующие для процесса массовой и индивидуальной[16] коммуникации вышеперечисленные свободы части 1 статьи 5 Основного закона[17]. Иными словами, хотя широкий круг общественных отношений, которые наполняют содержанием категорию демократического коммуникационного порядка, выходит за пределы предмета

---

[13] BVerfGE 7, 198 (208). Здесь и далее законодательство и судебная практика ФРГ получены из СПС Beck-online: Die Datenbank и JURIS (accessed: 01.10.2025).

[14] **Коммуникационные свободы Основного закона.** В литературе отмечается, что вышеперечисленные основные права части 1 статьи 5 Основного закона, которые в силу их центрального значения для гарантирования массовой и индивидуальной коммуникации являются предметом углубленного рассмотрения в настоящей работе, конституируют медиаправо ФРГ и образуют ядро так называемой «коммуникационной конституции» (Kommunikationsverfassung). Последняя, однако, также дополняется закрепленными в Основном законе академической свободой, свободой искусства и культуры (часть 3 статьи 5), свободой собраний (статья 8), свободой союзов (статья 9), тайной переписки (статья 10), правом на петиции (статья 17) и другими. Поскольку для настоящего рассмотрения дополняющие «коммуникационную конституцию» основные права представляют собой, скорее, специальные гарантии массовой и индивидуальной коммуникации, их детальное изучение в работе не предполагается. Кроме того, в настоящей работе остается без рассмотрения и закреплённая в части 1 статьи 5 Основного закона ФРГ свобода кино ввиду снижения ее практического и юридического значения на современном этапе. См.: Paschke, M. Medienrecht. Berlin, Heidelberg: Springer, 2009. S. 61-65, 101-102; Heintzen, M. §117. Meinungsfreiheit // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 7-8, 16. См. подробнее подраздел 6 §1.4.

[15] См.: Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. // Gersdorf, H., Paal, BP. (Hrsg.) BeckOK Informations- und Medienrecht. 46. Aufl. München: C.H. Beck; 2024. Rn. 41-45. «Только свободная публичная дискуссия по вопросам всеобщего значения способна гарантировать свободное образование общественного мнения, которое в свободном демократическом государстве реализуется обязательно *«плюралистически»* в споре различных точек зрения, представленных по различным мотивам, но в любом случае излагаемых свободно […].» BVerfGE 12, 113 (125).

[16] **Традиционное разделение на массовую и индивидуальную коммуникацию,** как отмечается в литературе, по-прежнему сохраняет значение как на национальном немецком, так и на европейском правовом уровне, прежде всего, из-за релевантных с точки зрения конституционного права различий этих категорий по форме редакционной переработки информации и по степени влияния на формирование общественного мнения, в действительности, однако, четкая граница между этими категориями все больше стирается из-за цифровизации, конвергенции техники и медиа, появлением интерактивных форм и индивидуализации массовой коммуникации. Кроме того, анализ теоретика коммуникации профессора Дениса Маккуйэла (Denis McQuail) показывает, что помимо массовой и индивидуальной (интерперсональной) коммуникации существуют и иные, промежуточные уровни социальной коммуникации, как, например, интергрупповая коммуникация в локальном сообществе или институциональная коммуникация в организации. Наконец, также эмпирические данные свидетельствуют о многоаспектном влиянии массовой коммуникации на индивидуальную, например, через предоставление определенных тем для обсуждения (Agenda-setting theory) или публичного установления границ приватности. По этой причине в работе предлагается конституционно-правовое регулирование массовой и индивидуальной коммуникации рассматривать во взаимосвязи в рамках собирательной категории демократического коммуникационного порядка. См. подробнее: Paschke, M. Op. cit. S. 14-19, McQuail, D., Deuze, M. McQuail's Media & Mass Communication Theory (seventh edition). London: SAGE. 2020. S. 39, Hoffmann-Riem, W. Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung // Der Staat. 2003. 42(2). S. 202-205.

[17] «**Статья 5.** (1) Каждый имеет право свободно выражать и распространять свое мнение устно, письменно и посредством изображений и беспрепятственно черпать знания из общедоступных источников. Свобода печати и свобода информации посредством радио и кино гарантируются. Цензуры не существует. (2) Границы этих прав указываются предписаниями общих законов, законодательных положений об охране молодежи и правом на честь личности». См.: Конституции зарубежных стран / Сост. Дубровин В.Н. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2001. С. 129.

конституционного права и является в своих самых разнообразных аспектах предметом регулирования комплексной отрасли – *медиаправа* (Medienrecht), для Германии характерен глубокий, проработанный в мелких деталях уровень конституционализации обычного законодательства, которая осуществляется в русле названных выше коммуникационных свобод[18]. В настоящей работе предпринимается попытка с различных позиций проанализировать этот длинный путь конституционно-правового гарантирования, главным образом, проверить его эффективность и адекватность цели обеспечения плюрализма: от уровня общих конституционных принципов-деклараций и абстрактно сформулированных коммуникационных свобод до обычного законодательства, а в некоторых особых случаях, применительно, например, к институту общественного вещания, даже на уровне конституционализированных локальных нормативных актов.

Подобный анализ, однако, представленный в чистом правовом виде, рискует оказаться изолированным от контекста и потому потерять большую часть своего исследовательского потенциала. Таким образом, необходимо приложить усилия, чтобы не упустить из виду наиболее *фундаментальные закономерности*, детерминирующие как немецкие, так и во многом глобальные западные, то есть евроатлантические, конституционно-правовые подходы к регулированию массовой и индивидуальной коммуникации. Хотя эти закономерности сами по себе не являются предметом изучения науки конституционного права, они, тем не менее, влияют на конституционно-правовую догматику и практику, зачастую имплицитно выступая обоснованием ограничивающего конституционно-правового регулирования. Еще сложнее заметить и осознать значимость этих закономерностей, если они обосновывают отсутствие конституционно-правового регулирования каких-либо областей общественных отношений в сфере коммуникации необходимостью невмешательства в системы, функционирующие в другой, например, экономической логике. Иными словами, следует подвергнуть анализу не только существующие в немецком праве конституционно-правовые нормы, но также задаться вопросом, почему то или иное регулирование отвергается или вовсе не обсуждается конституционалистами. В этом смысле даже сложившиеся, традиционные подходы не должны становиться основанием для отказа от перепроверки действительности их предпосылок. Важность такой постановки вопроса становится очевидной при обращении к нарративу о свободном рынке прессы и дерегулировании, который часто используется в Германии для поддержания государственного вмешательства в эту сферу на минимальном уровне.

[18] Paschke, M. Op. cit. S. 61, 127.

Многочисленность и разнородность подобных закономерностей, заслуживающих внимания в рамках настоящего рассмотрения, предполагает системный подход к их анализу. Поэтому упомянутые факторы, или *детерминанты конституционно-правового регулирования массовой и индивидуальной коммуникации в Германии,* предлагается рассматривать в данном исследовании с привлечением по необходимости *политико-философского, социологического, экономического и технологического контекстов.*

2. Прежде чем приступить к анализу немецкого коммуникационного порядка, следует сделать несколько *методологических* оговорок или *условиться о правопонимании*. Уже из предыдущих размышлений становится ясно, что автором отвергается сугубо нормативистский подход к изучению конституционно-правового регулирования коммуникации в Германии, однако, в стремлении к объективности исследования научные работы, выполненные в этой парадигме, также будут подвергнуты критическому анализу, а не исключены из рассмотрения.

Одно только обстоятельство, что послевоенная немецкая конституционная модель является не результатом суверенного национального развития, а сконструированным под сильным влиянием различных внешних по отношению к праву условий интеллектуальным продуктом западных союзников, требует проведения ее анализа в более широком контексте, чем исключительно формально-юридический[19]; преимущественное использование нормативно-догматического подхода упростило бы исследовательскую работу: конституционно-правовое оформление коммуникационного порядка ФРГ в таком случае можно было бы считать исключительно результатом самоограничения власти, обеспеченного конституционным законодателем и институтом конституционного контроля, но подобная редукция вывела бы за скобки ряд имманентных как Боннской республике, так и объединенной Германии проблем, которые могут быть обобщены в рамках категории *дефицит суверенитета*[20].

Кроме того, предметная область исследования массовой и индивидуальной коммуникации, вероятно, обладает самым серьезным потенциалом к *междисциплинарности*: соответствующая проблематика без преувеличения красной нитью проходит через всю западную философию[21], изучается политологией, социологией,

---

[19] Для большей части немецких научных работ, фокусирующихся на конституционно-правовых аспектах регулирования массовой и индивидуальной коммуникации, нормативистский подход, в особенности, в вопросах изучения предпосылок формирования современного коммуникационного порядка ФРГ, является данностью. Прежде всего, это выражается в деконтекстуализации конституционно-правового регулирования коммуникационного порядка Германии, его изоляции от исторических и философско-политических детерминант. В соответствующей литературе несущие конституционно-правовые структуры коммуникационного порядка рассматриваются чаще всего в качестве результатов, логически выводимых из общих конституционных принципов немецкого государства и коммуникационных свобод абзаца 1 статьи 5 Основного закона. См., например: Paschke, M. Op. cit. S.61-65.

[20] См. подробнее подраздел 5 §1.2.

[21] В литературе признается, что *понятие коммуникативного средства* (Medium) *является основополагающей категорией западной философской традиции*. Все философские дисциплины, например, онтология, эстетика,

экономикой, психологией, лингвистикой и рядом комплексных научных дисциплин, как, например, когнитивная нейролингвистика. Интегрирующая сила коммуникационной сферы для научного измерения велика, поэтому в Германии с прошлого века активно развиваются самостоятельные комплексные отрасли знания – *науки о медиа и коммуникациях* (Medien- und Kommunikationswissenschaften). Немецкая конституционно-правовая доктрина и практика часто прибегают к не находящимся непосредственно в формально-догматической области юриспруденции аргументам из этих областей знания. В то же время ограничивающие основные права меры, которые обосновываются в ходе подобной аргументации, например, органом конституционного контроля, требуют от исследователя неизбежного обращения к соответствующей научной сфере, как минимум, с целью проверки искажений в воспроизведении таких специально-научных аргументов в конституционно-правовой дискуссии.

Однако и вне рамок эпизодического обращения, уже на системной основе, в Германии ведутся междисциплинарные исследования в сфере массовой и индивидуальной коммуникации с конституционно-правовым углублением[22]; причиной этому, вероятно, служит набирающий обороты процесс *медиализации* (Medialisierung), то есть усиливающиеся трансформационные эффекты в различных областях общественной жизни, связанные либо со структурными, прежде всего, технологическими изменениями самой медиасистемы, либо с возрастанием социального значения медиакоммуникации – феномена, на который, как минимум, в последние четыре десятилетия, вынуждены ориентироваться все общественные силы, в том числе и политики[23]. Для конституционного права

эпистемология, этика и политика, кроме того, язык, искусство и техника мыслятся медиально, то есть как выполняющие определенную посредническую функцию, медиацию. Различие медиального и немедиального как человеческого мира и природы имманентно для метафизики. Проблема соотношения медиального, то есть опосредованного, и непосредственного приобретает особую значимость в современной философии, поскольку последняя все больше отвергает приоритет непосредственного, немедиального. Не теряет своей актуальности наиболее известная медиакритика Платона, выразившаяся, в частности, в известном мифе о пещере. При кажущейся отдаленности философская дискуссия, посвященная проблеме медиа, является важной для конституционной демократии с ее идеалом автономии личности и построения сообразного ей коммуникационного порядка. Неслучайно американский исследователь Уолтер Липпман, начиная рассматривать проблемы формирования общественного мнения и стереотипов в массовом обществе XX века, воспроизводит аллегорию Платона в качестве эпиграфа в своем труде, по содержанию работы признавая неизбежность элитарной модели управления государством и массовой коммуникацией, а также слабые возможности и способности гражданского населения избежать влияния радикально упрощающих реальность стереотипов, воспроизводимых в медиа. См. подробнее: Mersch, D. Implizite Medientheorien in der Philosophie // Schröter, J. (Hrsg). Handbuch Medienwissenschaft. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler; 2014. S.45-50., Lippmann, W. Die öffentliche Meinung: wie sie entsteht und manipuliert wird. (Ötsch, W., Graupe, S., eds.). Frankfurt: Westend; 2021. S.54-55.

[22] См., например: Lucht, J. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk: ein Auslaufmodell? Grundlagen - Analysen - Perspektiven. 1. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss., 2006; Hindelang, S. Freiheit und Kommunikation: Zur verfassungsrechtlichen Sicherung kommunikativer Selbstbestimmung in einer vernetzten Gesellschaft. Berlin: Springer, 2019.

[23] **Процесс медиализации** мы понимаем как *распространение медиалогики в количественном и качественном аспектах. В количественном аспекте* медиализация происходит с увеличением медиализированной коммуникации в пространственном, временном и социальном отношениях. *В качественном аспекте* медиализация означает подчинение отдельных социальных подсистем (например, политики или права) форматам функционирования медиасистемы. Продуктивный подход к пониманию медиализации предлагает Винфред Шульц (Winfried Schulz); ученый выделяет *4 базовых элемента медиализации: расширение* (медиа понимаются в маклюэновском смысле как расширения человека, медиализация – как процесс увеличения возможностей коммуникативных действий во времени, пространстве и по

медиализация чаще означает не возможности, а новые вызовы, связанные с потерей легитимности демократических систем политического представительства из-за возрастания власти средств массовой коммуникации[24], и, как следствие, кризиса парламентаризма, искажений в системе разделения властей и процессе формирования народной воли[25]. Таким образом, не остается сомнений в перспективности проведения междисциплинарных исследований массовой и индивидуальной коммуникации в парадигме конституционного права.

3. Если нормативизм в качестве основного типа правопонимания является для целей настоящей работы непригодным познавательным средством, главным образом, из-за своих унаследованных от схоластики аргументационных запретов (Argumentationsverbote), не допускающих доводов вне связи с воспринимаемым в качестве ratio scripta текстом правовой нормы, то есть воспрещающих необходимые междисциплинарность и потенциальную допустимость любых аргументов исходя лишь из степени их убедительности[26], то социологический подход к правопониманию оказывается едва ли не единственным способом объединить результаты смежных научных областей вокруг достижения конституционно-правовой исследовательской цели.

В Германии отход от классических позиций *юриспруденции понятий* (Begriffsjurisprudenz) был связан с развитием *школы свободного права* (Freirechtsschule) и

способу выражения), *замещение* (медиа заменяют полностью или частично социальные активности и институты), *слияние* (размывание границ между связанными и не связанными с медиа действиями), *адаптация* (действия людей в различных общественных подсистемах все больше подчиняются медиалогике). См. обзор: Hepp, A. Mediatisierung / Medialisierung // Schröter, J. (Hrsg). Handbuch Medienwissenschaft. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler; 2014. S. 190-196. **Междисциплинарные исследования медиализации** все еще находятся в начальной стадии, что объясняет определенные трудности, связанные с выработкой единообразного понятийного аппарата. Споры ведутся и о расставлении акцентов и векторов исследования. Серьезный исследовательский потенциал, однако, состоит в том, что категория медиализации способна стать ключевым понятием наук о медиа и коммуникациях, интегрировать различные области научного знания вокруг исследования социальных изменений, вызываемых медиа. В этом отношении медиализация может конкурировать с такими конструктами, как глобализация, экономизация, коммерциализация и индивидуализация. Ценность исследования медиализации усиливается, если расширить временную перспективу с цифровизации, распространения Интернета и коммерческого вещания в 1980-90-х годах на, например, становление массовой прессы в последней четверти XIX столетия, или вовсе принять концепции медиадетерминизма Гарольда Инниса и рассматривать человеческую историю как процесс взаимодействия человека с различными медиа. См. подробнее: Meyen, M. Medialisierung. // M&K Medien & Kommunikationswissenschaft. Vol. 57. №1. 2009. S.23-38.

[24] В отличие от российской исследовательской традиции в сфере наук о коммуникации в работе предлагается отказаться от использования понятия *средства массовой информации (СМИ)* как неудовлетворительно узкой категории, исключающей сферу культуры и развлечений, а также обосновывающей автаркию журналистики от смежных наук о коммуникации. Вместо этого видится обоснованным употребление синонимичных категорий *массмедиа или средства массовой коммуникации (СМК)*, которые подразумевают, согласно терминологии Джона Томпсона, медиатизированную квазиинтеракцию, то есть технически опосредованную передачу информации от одного адресата ко многим. К этой сфере традиционно относят телевидение, радио, прессу, кинематограф и так далее. Относительно новые и менее институционализированные формы коммуникации, такие как блоги, социальные сети или иные цифровые службы, обобщаются более широким по отношению к СМК понятием *медиа*. Кроме того, такое словоупотребление в целом соответствует ранее упомянутым устоявшимся подходам в немецком медиаправе. См. Кирия, И.В., Новикова, А.А. История и теория медиа. 2-е изд. испр. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2020. С.26-32.

[25] См.: Böckenförde, E-W. §34. Demokratische Willensbildung und Repräsentation // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 3. Heidelberg: Müller, 2005. Rn. 36-44.

[26] См.: Braun, J. Einführung in die Rechtsphilosophie: der Gedanke des Rechts. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. S. 46.

некоторыми такими её теоретическими предшественниками, как *юриспруденция интересов* (Interessenjurisprudenz) Рудольфа Иеринга. Подобных названным новых подходов к правопониманию требовала историческая эпоха – в начале XX века страна пережила ряд крупных социальных и экономических потрясений. По причине дефицита времени и ресурсов не было возможно каждый раз создавать совершенно новый законодательный порядок; более эффективным представлялось истолкование правовых норм в «новом духе» без изменения их текста, что подразумевало расширение методологического инструментария с помощью допуска аргументов нового типа, придания ему более эластичной формы, чем это допускалось прежде[27].

Так, подход Иеринга справедливо усматривал за правовыми нормами предпосылающие их цели или интересы, оценивая право в качестве проявления политики власти[28]. Достижение школы свободного права заключалось в признании невозможности беспробельного законодательного, даже более того – правового регулирования общественных отношений из-за того, что сами правовые понятия в законодательстве и судебной практике представляют собой определенного рода пробелы, открытые для толкования[29]. Импульсы, данные школой свободного права и юриспруденцией интересов, заметны в немецком праве и по сей день; они проявляются, например, при *взвешивании интересов* (Interessenabwägung)[30] или в обращении судебной аргументации к социальным явлениям в тех случаях, когда даже расширительное толкование закона оказывается неэффективным[31]. Хотя восприятие протагонистом школы свободного права Германом Канторовичем процесса *свободного обнаружения права* (freie Rechtsfindung) как своего рода

---

[27] См.: Braun, J. Op. cit. S. 51.

[28] См.: История политических и правовых учений: учебник / отв. ред. Лейст О.Э. Изд. Зерцало, 2006. С. 423-425; Hilgendorf, E. Revolutionskritik, Deutscher Idealismus, Utilitarismus, Marxismus und Positivismus // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 160; Gromitsaris, A. Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering: eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus. Berlin: Duncker u. Humblot, 1989. S. 150-154.

[29] См.: Braun, J. Op. cit. S. 48-49.

[30] Из интеллектуального наследия юриспруденции интересов, еще больше отдаляясь от писанных правовых предписаний, вырастает господствующая в современной Германии **юриспруденция ценностей и оценок** (Wertungsjurisprudenz), а также тесно связанная, а иногда даже обозначаемая как одно явление с ней *юриспруденция взвешивания* (Abwägungsjurisprudenz). Не углубляясь в детали этих различных методологических течений, стоит отметить, что для немецкого конституционного права они играли роль оппозиции юриспруденции понятий, «размягчая» конституционный текст. Именно юриспруденции взвешивания приписывается решающая роль в экспансии власти конституционной юстиции и расширении сферы защиты основных прав. Справедливо отмечается, что конституционно-правовая юриспруденция взвешивания в действительности быстро трансформировалась в принципиально свободное как от правовых предписаний и воли законодателя, так и эмпирических данных абстрактное взвешивание правовых благ или ценностей (Güterabwägung). Верно также и то, что принципу соразмерности или каким-либо иным догматическим конструкциям не удалось упорядочить этот вышедший из-под контроля законодательства процесс взвешивания, что позволяет дискутировать о недопустимом «методологическом» изменении Основного закона без затрагивания его текста и разрушении принципа правового государства. См.: Rückert, J. Interessenjurisprudenz, Verfassungswandel, Methodenwandel, Juristenjurisprudenz? // JuristenZeitung. 2017. Vol. 72. №20. S. 965-974; Hilgendorf, E. Op. cit. S.160, 166, 183.

[31] См.: Riebschläger, K. Die Freirechtsbewegung: zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule. Berlin: Duncker & Humblot, 1968. S. 115-116; Hilgendorf, E. Op. cit. S.160-161.

инкарнации естественного права[32] едва ли можно оценить в качестве шага в сторону реализма, смягчение аргументационных запретов и приближение к социологическому правопониманию создают необходимый минимум для постижения основ конституционно-правового регулирования коммуникационной сферы.

Это становится очевидным на примерах, которые представляется уместным позаимствовать из группы более современных социологических теорий, основанных, хотя зачастую и без прямого цитирования, на описанных выше немецких неклассических подходах к правопониманию[33]. Речь идет об американском *правовом реализме* (legal realism, Rechtsrealismus), а также связанных с ним социологической юриспруденции и экономическом анализе права. Прежде всего, признавая вслед за германскими реалистами неопределенность права[34], американцы соглашались с его инструментальным характером, возможностью альтернатив в применении правовых норм для достижения определенных целей, поэтому критерием для оценки права становился анализ социальных последствий правоприменения[35]. Хотя сами они не провели убедительных эмпирических исследований, что, возможно, объясняет закат их популярности после Второй мировой войны, интеллектуальное наследие американских реалистов знаменовало переход от классической парадигмы к объяснению права посредством целесообразности, то есть политики, а также через мораль и институциональные интересы, что представляло собой фундаментальный поворот, снятие формально-догматической вуали, призванной блокировать дискуссию о реальных политических интересах, лежащих в основе судебных решений[36].

В этом отношении весьма интересным заделом для настоящего рассмотрения представляется экономический анализ права и, в особенности, небесспорная попытка его знаменитого представителя Ричарда Познера применить эту теорию к конституционному праву[37]. Безусловно, заслуживает внимания критический анализ Познером

---

[32] См.: Braun, J. Op. cit. S. 49.

[33] См. в этом направлении: Schweizer, MD. Kognitive Täuschungen vor Gericht. Eine empirische Studie. Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft. Zürich, 2005. S. 7-8.

[34] Правовые реалисты подчеркивали *неопределенность права* в двух отношениях: *нормативном*, поскольку доступные правовые аргументы и концепты не могут обосновать определенное судебное решение, по крайней мере, в сложных случаях, и *дескриптивном*, поскольку правовые предписания недостаточны для объяснения причин, почему суд решил определенное дело именно так, а не иначе. См.: Schweizer, MD. Op. cit. S. 5.

[35] См.: Hilgendorf, E. Rechtsphilosophie zwischen 1860 und 1960 // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S.167.

[36] См.: Schweizer, Mark D. Op. cit. S. 7-9.

[37] **Применение экономического анализа к конституционному праву** вызвало ряд критических возражений, связанных как с общими опасениями вытеснения юридической логики экономическим детерминизмом, или даже инструментализацией права для защиты господствующей экономической идеологии, например, неолиберализма, так и со специальными аргументами об ограниченной применимости доктрины экономического анализа права лишь к частному праву и, соответственно, её несовместимости с конституционно-правовой материей. Экономическая эффективность, согласно такому ходу мыслей, может быть одной из ценностей, закрепленных в конституции, но не может становиться самостоятельным принципом конституционной интерпретации. См. в этом направлении: Backhaus, J. Ökonomische Analyse des Rechts: Alternative Dogmatik oder Analyse im Dienste der theoretischen Wirtschaftspolitik? //

коммуникационного порядка в части регулирования вещания. Он указывает, что такое ограничение свободы слова в США, как требование обеспечения государством плюрализма, или справедливости[38], в сфере вещания в условиях дефицита частот, безусловно, основывается на прямом применении экономической теории[39]. Парадоксально, но именно с экономической точки зрения подобное ограничение вызывает больше всего вопросов. Так, например, вещатель, использующий распределенную ему частоту, признавался монополистом, и по этой причине должен был претерпевать ограничения во имя общественных интересов, то есть имело место вмешательство в функционирование свободного рынка идей; аналогичный же подход к издателям прессы считается нарушением Первой поправки к Конституции США, поскольку последние монополистами не признавались, хотя зачастую на рынках прессы наблюдалась даже бóльшая концентрация, чем в вещании, а снижение спроса на печатные издания усиливало монополистические тенденции в сфере прессы[40]. Не убеждает также и ссылка на имевшийся дефицит частот как ограниченный ресурс, прежде всего, потому что он, как указывает Познер, являлся «в значительной степени продуктом осторожной политики государства»[41]. Иными словами, справедливо предположение, что ситуация дефицита имела искусственную природу, и даже на начальных этапах технологического развития вещания иной принцип его организации, например, предоставление эфирного времени разным вещателям на одной частоте, мог бы способствовать устранению причин для ограничения свободы слова. Кроме того, вызывает вопросы эффективность требований к вещателям представлять все точки зрения вокруг спорных тем, ведь они вынуждают их распространять общепризнанные идеи[42], что в действительности не способствует плюрализму мнений, а скорее наносит ему ущерб.

Свобода вещания в Германии также подвергалась ограничениям по причине дефицита частот, но когда благодаря технологическому развитию эта проблема решилась, ФКС, в противовес направленной на дерегулирование вещательного рынка критике Познера и

Diskussionsbeiträge - Serie A, №153, Universität Konstanz, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften und Statistik, Konstanz. 1980.S. 9-19.

[38] Речь идет о функционировавшей в США с 1949 по 1987 год **доктрине справедливости** (Fairness Doctrine), предполагавшей содержательное вмешательство со стороны правительственных органов в свободу слова вещателей с целью гарантировать плюрализм мнений, представляемых в телерадиоэфире, и не допустить инструментализацию вещателей для пропаганды лишь одной точки зрения. Подобную логику легко усмотреть и в основе немецких законодательных требований по обеспечению плюрализма в сфере как общественного, так и частного вещания. Позже доктрина была отменена, как представляется, в свете экономической политики того времени, однако сыграли свою роль и протесты журналистов, не без оснований видевших последствием применения этой практики охлаждающий эффект (chilling effect) реализации свободы слова, гарантированной Первой поправкой к Конституции США. См.: Free Speech Center at Middle Tennessee State University. URL: https://firstamendment.mtsu.edu/article/fairness-doctrine/ (accessed: 02.12.2023).

[39] См.: Познер, Р. Экономический анализ права. В 2-х т. / Пер. с англ. под ред. В.Л. Тамбовцева. СПб: Экономическая школа, 2004. Т.2. С. 905.

[40] Там же. С. 906.

[41] Там же. С. 907.

[42] Там же. С. 907.

принятому в ее логике решению об отмене доктрины справедливости, продолжил обосновывать необходимость института общественного вещания, являющимся еще более интенсивным вмешательством в коммуникационные свободы, чем американская доктрина справедливости, но уже с использованием *противоположных экономических аргументов* о неспособности частного вещания обеспечить плюрализм мнений в силу его подчиненности рыночной логике[43]. Столь масштабное расхождение можно было бы объяснить принципиальным различием в функционировании экономических систем в США и Германии. Учитывая степень экономической глобализации, вероятнее выглядит политическое предположение: в условиях открытого рынка приватизация массмедиа в ФРГ могла обернуться потерей партийно-государственной элитой минимального контроля за формированием общественного мнения. Нельзя исключать и политической инструментализации экономических школ, стоящих за столь полярными решениями.

С точки зрения очерченной динамики в правопонимании приведенные примеры показательны в двух аспектах. Во-первых, хотя справедливо, что экономический анализ права оперирует более простыми принципами и структурой, чем традиционная юридическая догматика, при детальном рассмотрении как американского, так и немецкого кейсов становится ясно, что экономическая аргументация высших судов способна лишь отчасти объяснить принятые ими *политические решения*, оказавшие серьезное влияние на коммуникационные порядки двух стран. Иными словами, свойственная либеральным государствам деполитизация может маскировать политическую логику лишь до определенного предела. Отсюда вытекает и второй, более фундаментальный аспект критики экономического анализа права как подхода к правопониманию; верно, что последний является весьма стройной и непротиворечивой системой, но если внимательнее взглянуть на его основанные на антропологии *homo economicus* предпосылки[44], то их догматический,

---

[43] См. подразделы 8-9 §1.4.

[44] **Основная критика экономического анализа права** (ЭАП) заключается в том, что аксиоматические предпосылки, положенные в основу этой теории, опровергаются результатами эмпирических исследований. Как отмечается, ядро ЭАП – установка, что человек пытается осуществить свои цели рационально – оставляет открытыми вопросы о понимании цели и рациональности, то есть является фактически непроверяемой. Попытки конкретизации этой установки, например, предпринятые в рамках чаще всего применяемой в ЭАП теории ожидаемой полезности (Erwartungsnutzenmodell, expected utility theory) не позволяют избежать серьезно искажающего результаты анализа редукционизма, например, при признании относительно постоянными предпочтений *homo economicus,* которые в действительности не константны, подвержены влиянию медиаэффектов и контекста. Иными словами, модель игнорирует когнитивные возможности и специфику обработки информации человеком, а также степень его фактической информационной автономии. Принимаемый за цель действий *homo economicus* собственный интерес, эгоистичность, сводит содержание интереса к монетарному выражению, к максимизации финансовой выгоды, оставляя за скобками, например, стремление к престижу, продолжению рода, интерес коллектива. Кроме того, положенный в основу ЭАП критерий эффективности вступает в потенциальный конфликт с основными правами и этикой, ему имплицитна оценка фактически существующего неравенства в распределении ресурсов как справедливого. ЭАП также выступает за свободный рынок и дерегулирование, хотя и не отрицает государственное вмешательство, но оценивает его негативно и подчиняет рыночной логике. Представляется, что с ЭАП на место номинализма формально-догматической юриспруденции приходит номинализм экономического анализа права, по-прежнему маскирующий властную, политическую логику. См. подробнее: Schweizer, MD. Op. cit. S. 17-33.

идеологизированный характер станет очевидным. Замена одной догматики на другую не стоит тех усилий, которые были приложены для смягчения аргументационных запретов классической юриспруденции.

4. Ограниченный эвристический потенциал имеет не только экономический анализ права, но и любой другой подход к правопониманию, который ставит во главу угла чрезмерно упрощающие действительность догматические конструкции и дискриминирует остальные, не менее важные детерминанты. Неясно, однако, какой должна быть оптимальная пропорция учета внешних по отношению к праву факторов? Иными словами, насколько метафизично должно быть правопонимание? На отсутствие простого решения указывает едва ли преодолимая трудность создания системы идей, одновременно внутренне непротиворечивой и находящей подтверждение в явлениях действительности[45].

Плюрализация метода, следующая за увеличением количества учитываемых в рамках правопонимания внешних факторов, всегда наталкивается на противодействие, то есть конфронтирует с попыткой упорядочить хаос, возникновение которого, как правило, хронологически совпадает с ослаблением или коллапсом государственности как гаранта позитивного правового порядка. Поэтому дискуссия о правовом позитивизме не была случайностью в годы политического и экономического кризиса Веймарской республики. Неслучайно также, что правовой позитивизм на короткий период времени уступил место естественному праву после 1945 года. С экономическим и правовым восстановлением ФРГ в 1960-е годы завершилась и фаза «ренессанса естественного права», которое было «позитивировано» в объективный ценностный порядок (objektive Wertordnung). Нет нужды воспроизводить эти во многом циклические колебания во всех деталях, чтобы выработать адекватную коммуникационной проблематике методологическую систему. Однако стоит обратить внимание на ряд популярных в послевоенной Германии[46] близких социологической школе реалистических исследовательских программ, подходы которых могут оказаться по меньшей мере частично полезными для изучения конституционно-правового регулирования коммуникации.

5. Прежде всего, рассмотрения заслуживает *правовая риторика* (Rechtsrhetorik), которая, с одной стороны, как методологическое учение является одной из самых старых форм размышления о праве, предшествующей окончательному оформлению в XIX веке

---

[45] В этом направлении см.: Рассел, Б. История западной философии. М.: Издательство АСТ, 2019. С. 764-765.

[46] **Современный период в философии права ФРГ**, как отмечается в литературе, начинается в 1960-е годы в результате масштабных политических трансформаций того времени, символом которых стал приход к власти Вилли Брандта и так называемое *переучреждение республики* (Umgründung der Republik). Принятие же Основного закона в 1949 году не повлияло на традиции 1920-1930 годов, которые немецкая философия права продолжала развивать и после поражения Германии во Второй мировой войне. См.: Hilgendorf, E. Rechtsphilosophie der Gegenwart // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 181.

юриспруденции как науки, то есть переходу от *iuris prudentia* к *legum scientia*[47]. С другой стороны, современное немецкое топико-риторическое направление в философии права испытало на себе влияние таких концепций, как социальный конструктивизм и близкий правовому реализму юридический прагматизм[48]. Высокая интенсивность, с которой возросло внимание исследователей к аналитическому потенциалу риторики в 1980-е годы в США, часто обозначается как риторический поворот (The Rhetorical Turn). Стоит ли и нам ориентировать конституционно-правовое исследование коммуникационной проблематики на это направление?

Очевидно, что риторический подход может вступать в конфликт с профилем права как науки. Высокая степень системности (иерархичности) и определенности права невозможна при топическом мышлении, релятивирующим подобные теоретические построения многовариантной прагматикой конкретного дела[49]. Подобный «шаг назад» ставился в вину Теодору Фивегу (Theodor Viehweg), автору работы «Топика и юриспруденция»[50]. Этот эффект мультиплицируется в конституционном праве, которое делает особый акцент на демократической легитимации существующего правового порядка. Фундамент такого порядка, однако, окажется нестабильным, если в общественном сознании будет господствовать мысль, например, об излишне высокой степени гибкости конституционного текста и широких возможностях политической инструментализации разработанной на его основе сложной догматики.

Еще одну интересную перспективу, связывающую правовую риторику и конституционно-правовую проблематику коммуникации, открывает критический взгляд на принцип соразмерности как исключительно риторическое средство, топос в формальном смысле, то есть точку сбора и структурирования определенных аргументов. Если согласиться с этим мнением, то проверка соразмерности теряет силу в качестве материального предела допустимых ограничений основных прав и становится лишь формальным процессом структурирования аргументов, в лучшем случае повышающим транспарентность принятого решения. Приверженцы взвешивания стараются представить это в качестве преимущества[51], упуская из виду, однако, что соразмерность «размягчила» как раз материальные нормы Основного закона. Интересно заметить, что именно коммуникационные свободы подвергаются интенсивному применению подобной

---

[47] См.: Schlieffen, K. Rechtsrhetorik // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 327.

[48] См.: Braun, J. Op. cit. S. 352-366; Schlieffen, K. Op. cit. S. 329.

[49] См.: Schlieffen, K. Op. cit. S. 325-326.

[50] См.: Viehweg, T. Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. München: Beck, 1974.

[51] См.: Klatt, M., Meister, M. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus // Jus Juristische Schulung. 2014. S. 194, 198-199.

догматики[52]. Здесь возникают первые очертания проблемы нормативной силы Основного закона: какой действительной регулирующей силой обладают названные свободы, если распространенные в обществе аргументы для их ограничения, топосы в материальном смысле, производят, в основном, медиа? При помощи догматики взвешивания этим аргументам кратно облегчается вхождение в правовую систему. Например, публичная дискуссия о недостатках немецкого института общественного вещания, финансируемого за счет населения, ведется при доминировании в медиаполе самих общественных вещателей. Это позволяет им производить направленные на защиту интересов собственного института аргументы, которые способны повлиять на конституционно-правовое взвешивание при решении его судьбы в ходе реформы[53].

Сказанное делает заметнее делегитимизирующее воздействие риторического подхода на конституционный правопорядок. Предположительно, по этой причине развитие этого направления в правовой науке было ограничено в рамках прагматической, ориентированной на конкретный случай, парадигмы[54]. Это является существенным недостатком, обуславливающим лишь субсидиарное применение правовой риторики для изучения конституционно-правового регулирования коммуникации.

6. На определенной дистанции от прагматики и реализма, но также и в отдалении от логического эмпиризма Венского кружка и связанного с ним чистого учения о праве Ганса Кельзена, находится *критический рационализм* Карла Поппера, пригодность которого в контексте исследований демократического коммуникационного порядка также должна быть проверена. Перенесением научной теории и политической программы Карла Поппера в послевоенное немецкое конституционное право занимался известный государствовед Райнгольд Циппелиус (Reinhold Zippelius), открытую рецепцию взглядов Поппера можно проследить как в работах Петера Хеберле, так и у других последователей школы Рудольфа Сменда в послевоенный период. В рамках настоящих замечаний в поле зрения попадает,

---

[52] Так, например, свобода искусства и культуры абзаца 3 статьи 5 Основного закона, в отношении которой в конституционном тексте не предусмотрено оговорки о допустимости ее ограничений законом, несмотря на это была им подвергнута с использованием *принципа практической гармонии* (Prinzip der praktischen Konkordanz). См. подробнее: 168. Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. 37. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2021. S. 106-108; Epping, V., Lenz, S., Leydecker, P. Grundrechte. 8. Aufl. Berlin: Springer, 2019. S. 47; см. также подраздел 3 §1.4.

[53] Например, известно, что по заказу общественных вещателей была подготовлена инструкция для централизованного использования, включающая как риторические аргументы, так и конкретные рекомендации по словоупотреблению, направленные на убеждение общественности в необходимости общественного вещания и его финансирования населением. См.: Wer den Zustand der ARD beschönigt, wird ihre Glaubwürdigkeit noch weiter beschädigen. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=49466 (accessed: 02.12.2023).

[54] Исключением могла бы быть *теория рационального юридического дискурса Роберта Алекси*. Однако, как справедливо отмечается в литературе, несмотря на свое название, указанная теория в действительности не затрагивает собственно риторические, коммуникативные практики; скорее она является идеалистическом учением, легитимирующим аргументативно-демократическую процедуру в качестве обоснования действительности правовых норм. См.: Schlieffen, K. Op. cit. S. 328.

прежде всего, научная методология Карла Поппера, и, в особенности, проблема ее применимости к предмету исследования настоящей работы.

Здесь же стоит упомянуть, что усиление плюрализации юридического метода в послевоенный период произошло во многом из-за перенесения в науку государственного права ослабленного исследовательского стандарта Поппера, выраженного, среди прочего, в идее замены принципа верификации критерием фальсификации научных гипотез. Этот шаг снизил «порог вхождения» в научный оборот различных теорий, основанных не на новых эмпирических данных, а на различной комбинации укорененных в истории науки метафизических размышлений, вновь размыв демаркационную линию между наукой и метафизикой, которую пыталось выстроить предшествующее поколение позитивистов. В то же время проблемы, проигнорированные неопозитивистами при разработке принципа верификации, не были учтены и Поппером: принцип фальсификации демонстрирует такую же степень непригодности для применения к утверждениям о прошлом и будущем[55]. Остается спорным, является ли допустимым такой уровень деконтекстуализации, то есть *фокусирования на настоящем*[56], для гуманитарных наук. Оправдать этот подход можно лишь усилением скепсиса по отношению к достижимости истины, то есть интенсификацией релятивизма, а также через признание случайности научных открытий. Оба этих пути прослеживаются в размышлениях Карла Поппера. Кроме того, поскольку в действительности метод фальсификации не опровергает научные теории в целом, а лишь указывает на границы применимости последних, открываются широкие возможности для манипуляции: например, признания ненаучными несоответствующих господствующей парадигме теорий в целом, а не в части, опровергнутой (фальсифицированной) обнаружившимися эмпирическими фактами[57].

---

[55] Как в немецкой, так и в российской научной литературе современная критика методологии Поппера встречается редко. Ключевые тезисы, приведшие к выдвинутому суждению, получены из лекции российского философа, профессора Владимира Петровича Огородникова. «Фальсификации сэра Карла Поппера». URL: www.youtube.com/watch?v=pY3IFlJhsh8 (accessed: 02.12.2023).

[56] В этом контексте заслуживает упоминания **концепция «одержимости настоящим»** (Gegenwartsvergessenheit, Present-Mindedness), разработанная Гарольдом Иннисом. Пресса, радио и телевидение (массиедиа), согласно этому взгляду, вытесняют предыдущие коммуникационные технологии, способные к инвентаризации временных структур и содержащие знания о прошлом и будущем. Массмедиа нацелены на «сейчас», а не на длительное сохранение информации. По этой причине интегрированная инфраструктура новостей и развлечений (Infotainment) постоянно требует нового контента. Исследователь видит в этом риски для существования западной цивилизации. В контексте же обсуждения методологии следует заметить, что повестка науки, способной проверить только суждения о настоящем, будет, скорее всего, определяться медиасистемой; по меньшей мере таким образом создаются условия для конвергенции научного мира и медиасистемы. См. подробнее: Hagen, W. Gegenwartsvergessenheit. Lazarsfeld – Adorno – Innis – Luhmann. Berlin: Merve; 2003. S. 115-120.

[57] В более поздних работах Поппера этот *строгий фальсификационный критерий* (strenges Falsifikationsprinzip) ослабляется: ученый отказывается от «окончательного» характера решения о признании научной теории сфальсифицированной. Это, однако, повлекло новую критику: если раньше теория Поппера со строгим фальсификационным критерием требовала, по мнению ее противников, слишком многого, то с его ослаблением критический рационализм как методология рискует оказаться бессодержательным, допускающим любые варианты. Здесь становится заметным движение в сторону постмодернизма. См.: Gadenne, V. Karl Poppers kritischer Rationalismus heute // Franco, G. (Hrsg.) Handbuch Karl Popper. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2019. S. 756-758.

В то же время выступления Поппера против индукции, на наш взгляд, способствовали сохранению статус-кво в научном мире, в особенности иммунизировали от критики концепцию открытого общества[58], а также препятствовали созданию новых научных теорий, основанных на аккумуляции эмпирических данных, противоречащих господствующему неолиберальному нарративу[59]. Наконец, борьба Поппера с историцизмом при более глубоком рассмотрении оказывается противодействием системным и фундаментальным научным исследованиям, способным вызвать далекоидущие изменения устоявшейся парадигмы. Схожий эффект демонстрирует неприятие им коллективизма в интеллектуальной среде и продвижение индивидуализма как методологического принципа: вред его абсолютизации для общества подтвердил крах неолиберального эксперимента[60], для науки – неспособность большинства современных исследователей на Западе увидеть риски тоталитаризма не только в коллективизме, но и в индивидуализме, в атомизации общества.

«Поппера можно понять», указывает российский юрист и исследователь коммуникации О.В. Афанасьева, объясняя возникновение его философии желанием защитить свободу личности от тоталитарной угрозы[61]. Схожие оценки трудов Поппера в качестве оружия идеологической борьбы даются в немецкой научной литературе: его работы являлись вкладом в пропагандистское противостояние времен Холодной войны, попыткой обобщить в рамках категории тоталитаризма фашизм и марксизм, следующей в фарватере Фултонской речи Уинстона Черчилля[62]. Неудивительно, что во время разрядки международной напряженности (Entspannungspolitik) авторитет Поппера в Германии снизился[63]. Проблема отсутствия стремления к нейтральности в социальной философии Поппера приобретает актуальность в контексте обоснованных указаний в научной литературе на прямую связь методологии критического рационализма и политической программы открытого общества[64]. В этом отношении было бы наивно предполагать, что

---

[58] См. в этом направлении.: Monnerjahn, P. Kritischer Rationalismus und sein Einfluss auf Medien und Politik // Franco, G. (Hrsg.) Handbuch Karl Popper. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2019. S. 779.

[59] Известны дружеские отношения Поппера с Фридрихом фон Хайеком, а работа последнего «Дорога к рабству» оказала влияние на мировоззрение Поппера. Хотя фиксировались и некоторые отличия в их взглядах, например, Поппер выступал за более интенсивное государственное вмешательство, все же стоит причислять их к мыслителям одного направления. См.: Bouillon, H. Karl Popper und Friedrich August von Hayek // Franco, G. (Hrsg.) Handbuch Karl Popper. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2019. S. 252-260.

[60] См.: Афанасьева, О.В. Открытое общество и его риски. Перечитывая Карла Поппера // Вопросы философии. 2012. №11. С. 48.

[61] Там. же. С. 47-49.

[62] См.: Zimmer, R. Karl Poppers „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“ // Franco, G. (Hrsg.) Handbuch Karl Popper. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2019. S. 69.

[63] См.: Zimmer, R. Op.cit. S. 70.

[64] Например, Поппер вводит критерий фальсификации в свою теорию демократии: властвующие легитимны постольку, поскольку их результаты служения общему делу проходят эмпирический контроль. Проблема индукции в размышлениях Поппера связана с его пониманием политики: недопустимо, по его мнению, из воли отдельных граждан провести индукцию к общей воле народа, в политике следует мыслить дедуктивно. См. подробнее: Zimmer, R. Op. cit. S. 76; Monnerjahn, Peter. Op. cit. S. 780.

критический рационализм делает возможным объективный анализ недостатков концепции открытого общества, ведь рассуждения о последних перемещаются им за демаркационные линии науки, обозначаются как историцизм.

Сосредоточимся же на вытекающих из вышесказанного рисках использования методологии Поппера в конституционном праве, обратившись к примерам из коммуникационной сферы. Плюралистическая демократия в представлениях Поппера является надежной защитой от тоталитаризма[65]; согласно этому взгляду, поскольку плюрализм мнений находит основное отражение в области публичной коммуникации, именно здесь разворачивается главным образом *случайная* борьба различных точек зрения, ориентированных в первую очередь не на анализ фундаментальных закономерностей и системное переустройство общества, что можно было бы заподозрить в историцизме, а на некие действия небольшого масштаба (piecemeal engineering). Поиск оптимального решения происходит путем проб и ошибок (trial and error) либо в рамках предформирования политической воли народа (Vorformung der politischen Willensbildung des Volkes[66]) в общественной сфере, либо в государственно-организованной области претворения народной воли в законодательство. То есть законы, в том числе и детализирующие коммуникационный порядок, в оформленной в соответствии с взглядами Поппера парадигме конституционного права рассматриваются как малые попытки социального инжиниринга[67]. В несколько преувеличенной степени этот взгляд воспроизводит основатель и многолетний издатель журнала Der Spiegel Рудольф Аугштайн (Rudolf Augstein): *«Лучшая медиаполитика – медиаполитика, которая отсутствует»*[68].

Принятие этого видения снижает возможности исследователя выйти на прогнозирование *долгосрочных* трендов в коммуникационной сфере на основе анализа конституционно-правового регулирования с привлечением междисциплинарного подхода. Недостатки плюрализма как центрального принципа построения открытого демократического общества – *краткосрочность* достигнутого компромисса и его ориентация на сиюминутный интерес, а не на долгосрочную политику[69] как бы переносятся в методологию критического рационализма, и оттуда – в науку конституционного права. Тому виной отношение теоретиков открытого общества к плюрализму как к *безусловной ценности* в противовес теориям Платона, Гоббса, Гегеля и Маркса. Однако, не может быть

---

[65] См.: Zippelius, R. Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft; ein Studienbuch. 16. Aufl. München: Beck, 2010. S. 243-246.

[66] Можно предполагать, что ФКС приближается к попперовскому пониманию процесса формирования общественного мнения как некой череды случайностей, отмечая, что в общественно-политической сфере публичная дискуссия происходит как бы автоматически, непреднамеренно (ungewollt) и при участии всех сил сообразно их фактическому влиянию. См.: BVerfGE 8, 104.

[67] См.: Hilgendorf, E. Rechtsphilosophie der Gegenwart. Op. cit. S. 182.

[68] Цит. по: Dolderer, M. Objektive Grundrechtsgehalte. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. S. 310-319.

[69] См.: Zippelius, R. Op. cit. S. 243-247.

признана допустимой методологическая ориентация исследования на основе противопоставления *плюрализм и демократия vs. монизм и тоталитаризм*. «Полностью абстрактное общество», в котором принцип индивидуализма доведен до максимальной степени реализации[70], имеет все шансы быть квалифицировано как тоталитарное[71].

Поэтому попытки *увидеть за хаосом публичной коммуникации стабильный порядок*, выявить фундаментальные закономерности образования общественного мнения, оценить степень иерархичности и управляемости медиасистемы, наконец, проследить ее взаимодействие с выделяемыми теоретиками смежными общественными подсистемами, в особенности правом, скорее всего, натолкнутся на обвинения со стороны критических рационалистов в некорректном использовании научной методологии. Несогласие же воспринимать на веру случайность формирования в плюралистическом обществе общественного мнения оказывает разрушительное воздействие как научной методологии, так и политической программы открытого общества.

Точки зрения, согласно которой конституционно-правовое регулирование коммуникации не может осуществляться методом проб и ошибок посредством малых «шагов-законов» или точечных действий органа конституционного правосудия без оглядки на долгосрочные последствия, придерживается и ФКС: суд отмечает, что конституционно-правовое регулирование коммуникации не может быть отдано на откуп «свободной игре [различных общественных] сил», ведь «однажды наступившие дефекты развития [коммуникационного порядка] – если это в принципе возможно – могут быть скорректированы только ограниченно и с большими сложностями»[72]. С нашей интерпретацией позиции ФКС соглашается профессор и судья ФКС в отставке Вольфганг Хоффманн-Рим, отмечая необходимость долгосрочной стратегии и превентивных мер по регулированию коммуникационного порядка в ответ на технологические изменения[73]. Стратегическое значение коммуникации для конституционного порядка предполагает и проведение научных исследований, ориентированных на более высокие стандарты, чем исследовательская программа критического рационализма.

7. Рассмотрения заслуживает и *критическое течение* в современной немецкой философии права, поскольку его теоретики традиционно уделяют серьезное внимание коммуникационной проблематике. Большой упоминаемостью отличаются *теория коммуникативного действия* Юргена Хабермаса и следующая в ее русле *теория рационального юридического дискурса* Роберта Алекси. Попробуем поставить вопрос о

---

[70] См.: Афанасьева, О.В. Открытое общество и его риски. Перечитывая Карла Поппера. Указ. соч. С. 46.

[71] См. в этом направлении: Wolin, S. Democracy Incorporated: Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism. Princeton: Princeton University Press, 2008. S.55-60, 109-112.

[72] BVerfGE 57, 295 (323).

[73] См.: Hoffmann-Riem, W. Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung // Der Staat. 2003. 42(2). S. 214.

возможности использования методологии Хабермаса и Алекси применительно к проблематике настоящей работы.

Отличительной чертой построений Хабермаса является их *модельный характер.* Разумеется, лежащие в основе его теории идеальнотипические различия государства и общества полезны для выстраивания нормативной концепции коммуникационного порядка, но любая такая система, чтобы воплотиться в жизнь, должна базироваться на близком к действительности представлении о мире. Именно в этом заключается основная научная претензия к Юргену Хабермасу.

Во-первых, недостижимой в реальности является *идеальная речевая ситуация* (ideale Sprechsituation), то есть положение, при котором коммуникации не мешают внешние случайные эффекты и давление, ее свобода от господства и власти[74]. Игнорирование Хабермасом ряда обстоятельств, заключающихся в глубоком фактическом неравенстве в доступе к информации и неизбежности проводимой медиа политически мотивированной селекции сведений о внешнем мире, объясняет чрезмерный процедуралистский уклон в его теории. Ученый, несмотря на заявления о колонизации жизненного мира посредством массмедиа, в действительности лишь вскользь исследует сами средства массовой коммуникации[75]. Размышления Хабермаса слепы к *эмпирическим подходам исследования медиаэффектов* (Medienwirkungsforschung)[76], то есть воздействию медиа на людей, изучение которых открывает многие пути для анализа манипуляций. Более того, в построениях Хабермаса массмедиа играют подчиненную, несубъектную роль, так, например, пресса является лишь продолжением публичной сферы, институтом публики[77]. Отрицание, или, по меньшей мере, снижение субъектности средств массовой коммуникации в теории Хабермаса объяснимо: иное бы означало проблемы с демократической легитимацией публичной сферы, становящейся продуктом манипуляций со стороны медиа, а не результатом конструктивной общественной дискуссии. По этой же причине разработки Хабермаса скорее противопоставляются эмпирико-функционалистскому подходу в науках о коммуникации, но не могут быть дополнены им[78].

Возможное возражение о том, что философ делает акцент не на бытии, а на долженствовании, было бы справедливым, если бы Хабермас строго разделял должное и сущее, но в его рассуждениях причудливо смешиваются как нормативные, так и

---

[74] См.: Schwering, G. Kritische Medientheorien // Schröter, J., ed. Handbuch Medienwissenschaft. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler; 2014. S. 104.

[75] См.: Schwering, G. Op. cit. S. 104.

[76] См.: Jäckel, M. Medienwirkungen: Ein Studienbuch zur Einführung. 5. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2011. S. 264-271; Roessing, T. Öffentliche Meinung // Schweiger, W., Fahr, A. (Hrsg.) Handbuch Medienwirkungsforschung. Wiesbaden: Springer VS, 2013. S. 483.

[77] Ibid.

[78] Ibid.

дескриптивные элементы[79]. Например, удивляет представление о Великобритании второй половины XIX века как о примере идеальной публичной сферы, несмотря на все избирательные ограничения того времени[80]. В основной работе ученого, посвященной проблематике трансформации публичной сферы, можно найти много ссылок на эмпирические данные[81], но избирательность в обращении к ним нивелирует позитивный эффект: из рассмотрения исключается все, что могло бы поколебать идеал рациональности.

Во-вторых, представляется, что за подобной непоследовательностью скрывается нечто более серьезное – манипулятивная попытка создать рационализированную оптимистичную нормативную теорию с целью обоснования существующего конституционного правопорядка ФРГ. Неслучайно, что Хабермаса воспринимают в качестве «государственного философа» Германии из-за частого совпадения его позиций с официальным нарративом[82]. Показательным примером является работа, написанная Хабермасом в 2022 году, в которой философ выступает за активное государственное вмешательство в коммуникационную сферу как важное конституционно-правовое требование по поддержанию делиберативности[83]. Он имеет в виду не только широкую поддержку института общественного вещания, но и субсидирование прессы, одобряемые для противодействия деформации публичной сферы вследствие деструктивного воздействия фейковых новостей и постдемократических тенденций, по его мнению, в особенности проявившихся в США в период первого президентского срока Дональда Трампа[84]. Проблема, однако, заключается в том, что ученый скорее не замечает основанные на фактах существенные недостатки немецкой публичной сферы, в центре которой находится критикуемый в настоящей работе институт общественного вещания. Вступить с Хабермасом в конструктивную дискуссию на эту тему не удается, а предлагаемая им делиберативность находит здесь свои границы: философ отказывается обсуждать недостатки немецкого общественного вещания, квалифицируя его критику как имеющую «авторитарный, направленный против основ дискурсивной публичности характер»[85].

---

[79] См.: Jäckel, M. Op. cit. S. 267.

[80] См.: Jäckel, M. Op. cit. S. 269; Кирия, И.В., Новикова, А.А. История и теория медиа. Указ. соч. С. 282.

[81] См., например: Хабермас, Ю. Структурное изменение публичной сферы. Исследования относительно категории буржуазного общества / Перевод с немецкого В.В. Иванова. Москва: Весь мир, 2016. С. 214-215, 258, 261-262.

[82] Указывается, что Хабермас хотел создать имидж ФРГ на Западе как «лучшей Германии». Он также участвовал в популяризации понятия *«конституционный патриотизм»* (Verfassungspatriotismus) как способу объединения граждан ФРГ на основе конституционной, а не национальной идентичности. Хабермас регулярно выступает с политическими заявлениями с проевропейских позиций. См.: Wihl, T. Die Unbestimmtheit der Verfassung: „Verfassungspatriotismus“ mit Jürgen Habermas nach 70 Jahren. VerfBlog, 2019/5/23. URL: https://verfassungsblog.de/die-unbestimmtheit-der-verfassung-verfassungspatriotismus-mit-juergen-habermas-nach-70-jahren/ (accessed: 01.11.2023).

[83] См.: Habermas, J. Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik. Berlin: Suhrkamp, 2022. S. 59-60, 67.

[84] Ibid. S. 51, 59-62.

[85] См.: Habermas, J. Op. cit. S. 67.

Теория юридического дискурса Роберта Алекси представляет собой специализацию общей дискурсивной теории Юргена Хабермаса; это процедуралистская концепция, понимающая юридический дискурс как часть общего дискурса (Sonderfallthese). Алекси поясняет, что юридический дискурс, с одной стороны, является частью общего дискурса, поскольку и в нем речь идет о решении практических вопросов. С другой стороны, юридический дискурс испытывает ограничения: материальные, то есть связанные с действующим правом, и процедурные – обусловленные временем, асимметрией в распределении ролей участников, направленностью их действий на собственные интересы[86].

За этими построениями несложно разглядеть стремление объединить право и мораль, против которого возражал и сам Хабермас[87]. Это объяснимо, ведь радикализм концепции Алекси ставит под угрозу автономию правового порядка и его демократическую легитимацию, релятивируя юридические решения моральными аргументами. В поздних работах Алекси отвечает на критику Хабермаса: он делает акцент на открытости юридического дискурса и другим аргументам – политическим и прагматическим[88], однако претензия о снижении регулятивной силы права как автономной общественной подсистемы этим не снимается, напротив, с учетом неопределенности принципа взвешивания, «открывающего» каждый конкретный случай для доводов, потенциально способных нивелировать позитивные правовые нормы, она остается актуальной. Представляется, дискуссия Алекси и Хабермаса, не выступавшего за изоляцию права от морали, а подчеркивающего их соотношение дополнения (Ergänzungsverhältnis)[89] имела в фундаменте практический вопрос о глубине диффузии между правом и моралью. Рассуждения Алекси предполагают интенсивную диффузию через судебное взвешивание, чреватую плюрализацией и смещением точек контроля трансформации моральных и иных аргументов в правовые на нижний уровень судебной системы; при таком подходе более централизованная медиасистема, культивирующая моральные установки, обеспечит доступ к социальному управлению через право, правовая же система придет в упадок.

Причину последнего, обратившись к рассуждениям профессора Бернхарда Шлинка, следует усматривать в том, что ориентированное на конкретный случай взвешивание, открывающее неисчерпаемый запас моральных и иных аргументов, влечет неизбежный отказ от правовой догматики[90] (или ее плюрализацию до такой степени, когда она перестает

---

[86] См.: Neumann, U. Juristische Argumentationstheorie // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 247.

[87] См.: Alexy, R. Unbestimmtheit des Rechts und Rationalität der Rechtsprechung // Koller, P., Hiebaum, C. (Hrsg.) Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung. Berlin; Boston: De Gruyter, 2016. S. 92.

[88] Ibid.

[89] Ibid. S. 135-137.

[90] См.: Schlink, B. Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel // JuristenZeitung. 2007. 62(4). S. 157-162.

оказывать минимальное упорядочивающее воздействие – Прим. автора). Отказ от правовой догматики, который применительно к ФКС Шлинк характеризует как процесс, а не как итог, означает и отказ от самоограничения[91]. В краткосрочной перспективе отказ от самоограничения может дать судам возможность сохранить контроль за решением конкретных дел, но при игре вдолгую он однозначно влечет потерю власти. Отказ от догматики как традиции самоограничения в пользу казуистики взвешивания имеет последствием снижение властного потенциала в отношении иных органов. На примере ФКС это иллюстрирует Шлинк. Количество конфликтов с ФКС растет как сверху, в особенности с ЕСПЧ, так и снизу: национальные немецкие суды перестают исполнять позиции ФКС[92]. Иными словами: решения ФКС, построенные на методе Алекси, становятся более беспорядочными, казуистичными, что облегчает другим судам возможность противопоставлять собственный произвол произволу ФКС[93]. Хабермас же, не желая подобного развития событий, продолжает настаивать на понимании прав человека исключительно как юридических норм, соответственно и применения к ним более строгой *юридической* процедуры интерпретации, чем взвешивание по образцу Алекси. При этом он не отказывается от признания их морального содержания: юридический и общий дискурсы следуют как бы «параллельно»[94].

С помощью теории Алекси любой казус можно объяснить оптимизацией полярных принципов в конкретном деле; она не поддается проверке и этим смогла иммунизировать себя от критики, но это еще более подозрительно, если она претендует на характер научной[95]. Профессора Торстен Кингрин (Thorsten Kingreen) и Ральф Пошер (Ralf Poscher), авторы учебника по основным правам в традиции Бернхарда Шлинка, в контексте критики Алекси отмечают, что через взвешивание, то есть оптимизацию, *политика становится исключительно вопросом балансирования основных прав*, формально находящимся в компетенции ФКС[96]. Если это справедливо, то при изучении демократического коммуникационного порядка Германии с методологической точки зрения разумнее было бы обратиться непосредственно к политической логике, отказавшись от применения теоретических подходов, опосредующих или маскирующих ее посредством рационализации взвешивания. Без сомнения, такой подход сэкономит ресурсы при анализе казуистики.

---

[91] Шлинк верно отмечает, что правовая догматика еще продолжает влиять на стиль решений ФКС, хотя она уже не образует систему и не обеспечивает сдержанности. С формально-юридической точки зрения здесь не может быть проблем, поскольку ФКС вправе отклониться от догматики. Ibid.

[92] Такие случаи составляют небольшое число, но нельзя переоценить их «прецедентный» характер.

[93] См.: Schlink, B. Abschied von der Dogmatik. Op. cit. S. 161.

[94] См.: Neumann, U. Juristische Argumentationstheorie. Op. cit. S. 248.

[95] См.: Camilo de Oliveira, R. Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. S. 208-209.

[96] См.: Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. 37. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2021. S. 39-40.

8. Наконец, рассмотрения заслуживает направление *критических юридических исследований* (Critical Legal Studies, CLS), воспринявших как методологию франкфуртской школы, так и претерпевших влияние правового реализма и языковых философских теорий. Движение возникает в США в 1977 году, но его влияние ощутимо и в немецкоязычном пространстве. На современном этапе CLS распадаются как единое направление на расовые, феминистские, постколониальные исследования и так далее[97]. Применительно к государственно-правовой проблематике в последнее время особенно заметно обращение к глобальному конституционализму и сравнительному конституционному праву.

Главными отличительными чертами CLS являются гетерогенность и плюралистичность как в постановке проблем, так и в методах. Постмодернистский характер свойственен этому направлению в наибольшей по сравнению с ранее проанализированными нами подходами: субъективизм и акцентирование контингентности (произвольности) права здесь порой доводятся до абсурда. С помощью деконструкции сторонники учения пытаются найти противоречия в правовой догматике, используя ее же средства (Trashing).

Достоинства этого подхода в контексте предыдущих размышлений очевидны: деконструкция правовой догматики, поиск политической логики в правовых решениях, критика взвешивания, междисциплинарность. Все же некоторые наши одобрительные комментарии не должны вводить в заблуждение, что критические юридические исследования являются пригодной исследовательской программой для изучения конституционно-правового регулирования коммуникационной сферы.

Основную претензию представляется верным сформулировать следующим образом: CLS не *изучают* политику, а *становятся ее частью;* на место деидеологизации приходит реидеологизация. Радикальный политический активизм критических юридических исследований и их гетерогенность несовместимы с идеалами правовой науки. Оправдывать этот подход, обращаясь к постнеклассической научной рациональности, не следует: «на деле большинство нетрадиционных (неклассических) подходов к пониманию права оказываются

---

[97] **Основное содержание CLS** синтезируют из упомянутых нами родительских теорий. *Во-первых*, это отклонение юридического формализма и постулирование неопределенности права, его необъективности, невыводимости за рамки контекста. Отрицается и автономия права от экономики и политики, в том числе – по методу, то есть право признается политическим инструментом. Социальный инжиниринг Поппера в такой парадигме представляется маскировкой статус-кво – попытками стабилизировать систему с помощью небольших уступок подвергающимся дискриминации социальным группам. *Во-вторых*, последователи CLS переходят к поиску факторов, в действительности оказывающих влияние на юридические решения: на начальном этапе эти искания определяет марксистская логика и скепсис по отношению к господствующему классу, но в 1980-е годы ее заменяет обращение к постструктурализму Пьера Бурдье и Мишеля Фуко, культурным концептам гегемонии Антонио Грамши. *В-третьих*, учение занимается критикой теории субъективных прав: последние как бы допускают уравнивание «планет и апельсинов» в области коммуникации, то есть одинаковый подход к владеющим серьезными ресурсами корпоративным игрокам и нуждающимся в бóльшей защите гражданам. Так, свобода выражения мнения как субъективное право попадает под удар CLS из-за рисков, скрывающихся в возможности ее манипулятивного противопоставления конкурирующим правам и произвольной интерпретации; в этом заметно неприятие догматики взвешивания и наделения излишним влиянием правовых принципов. См. подробнее: Beck, S., Marschelke, JC. Critical Legal Studies // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 318-324.

разновидностью вполне традиционных социолого-позитивистских представлений о праве, изложенных в терминах какой-либо постмодернистской философской парадигмы», справедливо замечает профессор Н.В. Варламова[98]. Исследователь также подчеркивает позитивное значение гетерогенности и плюрализма в правопонимании[99], что заслуживает поддержки, но лишь в дескриптивном аспекте, то есть как признание факта многообразия научных точек зрения в науке в целом[100]. Однако плюрализм в нормативном смысле, понимаемый как несводимость всех ценностей к одной, применяемый в качестве требования к отдельному конституционно-правовому исследованию, по нашему мнению, способен существенно повредить как его оригинальности, так и логической структуре.

Интересный пример злоупотребления методологией в смежной междисциплинарной области *критических медиаисследований* (Critical Media Studies, Critical Digital Studies) представляет собой *концепция надзорного капитализма* (Surveillance capitalism) американского исследователя Шошаны Зубофф (Shoshana Zuboff). Необходимость изучить эту исследовательскую программу в рамках настоящего раздела следует из относимости ее рассуждений к проблематике демократии и реализации коммуникационных свобод, а также популярности ее подходов в Германии[101], в том числе и в рамках специальных конституционно-правовых исследований коммуникационной сферы[102].

Надзорный капитализм Зубофф обосновывает появление новой формы капитализма *беспрецедентно* высокой степенью концентрации информационных технологий в руках крупных технологических компаний, ведущей к появлению архитектуры наблюдения за всеми аспектами человеческой жизни. Люди, таким образом, становятся источником сырья для производства различных продуктов[103]. Работа Зубофф дает много интересного эмпирического материала, но обратим внимание на особую расстановку акцентов.

Во-первых, введение надзорного капитализма как категории должно быть хорошо обосновано, ведь создание новых понятий влечет за собой изъятие попадающих в них предметов из предыдущих контекстов. В результате сокращается потенциал качественного исследования названных предметов, ведь *беспрецедентность* означает здесь невписываемость в ранее разработанные учеными схемы. Российский исследователь

---

[98] См.: Варламова, Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. СПб., 2010. С. 80.

[99] Там же. С. 111.

[100] См. Seiterle, S. Wertepluralismus. // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 529-530.

[101] Категория надзорного капитализма впервые была представлена в рамках медиаколлоквиума M100 Sanssouci Colloquium в Потсдаме, Зубофф также часто пишет для крупных немецких медиа.

[102] См.: Hoffmann-Riem, W. Digitale Disruption und Transformation. Herausforderungen für Recht und Rechtswissenschaft // Eifert, M. (Hrsg.) Digitale Disruption und Recht: Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2020. S. 152-154.

[103] Zuboff, S. Surveillance Capitalism. Überwachungskapitalismus. Essay // Aus Politik und Zeitgeschichte. 2019. URL: www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/292337/surveillance-capitalism-ueberwachungskapitalismus-essay (accessed 01.11.2023).

Э.Е. Сафронов справедливо указывает на необоснованность введения Зубофф понятия надзорный капитализм из-за игнорирования ей классических императивов капитализма[104]. Зубофф несколько приукрашивает капитализм «донадзорных» стадий и указывает на его «органическую взаимность» с людьми[105]. Через критику неолиберализма она как бы переносит ответственность за появление надзорного капитализма – современного тоталитаризма без идеологического содержания – на технологические компании, *«упуская из виду саму генеалогию американского высокотехнологичного сектора из взаимодействия его с разведкой и оборонным комплексом»*[106]. Риски деконтекстуализации путем создания новых понятий проступают здесь наиболее рельефно: Зубофф требует бóльшего государственного регулирования технологических компаний, которые и так обязаны своим происхождением интересам военно-промышленного комплекса. Чтобы этот тезис звучал более убедительно, она и ввела в научный оборот новое понятие надзорного капитализма. Так, Вольфганг Хоффманн-Рим обосновывает усиленное государственное вмешательство в коммуникационной сфере, как раз обращаясь к концепту Зубофф[107]; нет сомнений в злоупотреблениях со стороны технологических компаний, но вуалирование их связей с государством не приближает к истине. В целом же справедливо признается, что надзорный капитализм оказывается воплощением классического капитализма, в нем нет ничего нового[108].

Во-вторых, обратимся теперь непосредственно к проблематике демократического коммуникационного порядка, который Зубофф затрагивает в своей основной работе. Как и Хабермас, она связывает появление Fake News с президентскими выборами 2016 года в США[109]; здесь вновь становится заметно, как из контекста исключается обширная история американской пропаганды в классических медиа. Достаточно противопоставить размышлениям Зубофф доводы Гарольда Лассуэлла, приведенные им в работе «Техника пропаганды в мировой войне» 1927 года[110], чтобы сделать вывод о неразрывности феномена Fake News с историей массовой коммуникации в США. Но Зубофф продолжает обвинять крупнейшие технологические корпорации США в вытеснении профессиональной журналистики, настаивая на «органической взаимности» последней с читателями и противопоставляя работу профессионального журналиста «радикальному безразличию»

---

[104] Сафронов, Э. Е. Трансформации капитализма в XXI веке: концепция «надзорного капитализма» Шошаны Зубофф // Социологические исследования. 2021. №4. С. 170.

[105] Зубофф, Ш. Эпоха надзорного капитализма. Битва за человеческое будущее на новых рубежах власти. Пер. с англ. А.Ф. Васильева; под ред. Я. Охонько и А. Смирнова. – М.: Издательство Института Гайдара, 2022. С. 644.

[106] Сафронов Э. Е. Указ. соч. С. 169.

[107] См.: Hoffmann-Riem, W. Digitale Disruption und Transformation. Op. cit. S. 170.

[108] Ibid.

[109] См.: Зубофф, Ш. Эпоха надзорного капитализма. Указ. соч. С. 653.

[110] Работа была переиздана с актуальными комментариями в 2021 году в Москве. См.: Лассуэлл, Г.Д. Техника пропаганды в мировой войне: перевод с англ. / Г.Д. Лассуэлл; РАН. ИНИОН; сост. и переводчик В.Г. Николаев; отв. ред. Д.В. Ефременко. Москва, 2021.

надзорного капитализма[111]. Наконец, Зубофф указывает на унификацию формата новостей в популярных социальных сетях и поисковых системах как на существенный недостаток прихода надзорного капитализма, упуская из виду, что подобной селекцией до этого занимались телевидение и печатная пресса. Эти рассуждения скорее отвлекают нас от проблематики производства большинства новостей информационными агентствами. Представляется, что Зубофф обосновывает государственное регулирование технологических компаний, наделяя их излишней субъектностью[112], в интересах перераспределения дискурсивной власти безотносительно интересов обычных пользователей.

Таким образом, и критические юридические исследования, а также их междисциплинарные «спутники» не могут являться надежной исследовательской программой для конституционно-правового анализа проблематики коммуникации.

9. Поиски среди подходов условной социологической группы подходящей теории, способной непротиворечиво объяснить проблематику коммуникационной сферы, очевидно, должны быть продолжены. Вопросы о том, какой должна быть степень учета (глубина) неправового контекста по отношению к нормативному материалу, какие методы в качестве схемы редукции комплексности внешнего мира и в каком соотношении должны действовать при учете неправовых аргументов, пока остаются без ответа.

На современном этапе, как верно заметил немецкий юрист-государствовед Эрнст Форстхофф, критикуя понимание ФКС Основного закона как объективного ценностного порядка, интерпретация правовой нормы перестает быть юридическим искусством и становится общефилософской[113]. За ценностным фасадом любые аргументы становятся допустимыми. Возвышенная риторика об усилении роли основных прав наталкивается на опасение, что с падением аргументационных запретов кратно возрастает число доводов, потенциально пригодных для ограничения прав человека. Иными словами, отказ от нормативизма в правопонимании имеет свою цену. Форстхофф тонко сформулировал эту претензию: *преодоление позитивизма не должно означать отмену позитивности права самого по себе*[114]. Каждую научную работу по праву, законодательную меру или судебное решение теперь можно упрекнуть в использовании спорной методологии, потому что круг факторов, потенциально подлежащих учету, неограничен, а правила редукции их комплексности неизвестны.

---

[111] См.: Зубофф, Ш. Эпоха надзорного капитализма. Указ. соч. С. 655-656.

[112] Там же. С. 639-676.

[113] См.: Forsthoff, E. Die Umbildung des Verfassungsgesetzes // Barion, H. (Hrsg.) Festschrift für Carl Schmitt: zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern. 3., unveränd. Auflage. Berlin: Duncker und Humblot, 1994. S. 35-42.

[114] Ibid.

Это создает неопределенность, радикальную фрагментацию и релятивизм научных теорий – опасность дерационализации права в духе постмодернизма, которая, по убеждению автора, своей высшей точки достигает в соприкосновении с проблематикой сферы коммуникации[115]. В этом контексте свойственное социологическому правопониманию и с нашей точки зрения оправданное разделение конституционного права как нормативной, замкнутой формально-догматической системы и находящейся в противоречии с ней *конституционной действительности*, понимаемой как экзистенциальная оппозиция нормативности, как сущее в противовес должному, (Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit) становится инструментом потенциальной манипуляции. Во-первых, не отрицая исследовательскую необходимость этого дуализма, стоит обратиться к политическому импульсу, который им порождается: «изменяющаяся» социальная действительность снижает нормативную силу конституции, открывает двери для ее дискриминации в угоду, в сущности, не только политическим, но и любым другим факторам, ведь представления об объективной действительности относительны, они основаны на стереотипах и конструируются медиально[116]. Во-вторых, этот нашедший отражение в практике ФКС опасный подход усугубляется тем, что в противоречии между двумя крайностями избирательно подчеркивается лишь *несоответствующая* конституции конституционная действительность, в то время как конституционная действительность, *подкрепляющая* нормативное понимание конституции, игнорируется; при этом конституционалисты стараются предложить компромиссные решения, находящиеся как бы в центре между этими крайностями, не принимая во внимание, что с каждым «изменением» реальности этот центр постоянно смещается в сторону конституционной действительности[117].

Если после окончания Второй мировой войны нормативизм не был популярным из-за попыток переложить не него ответственность за крах Веймарской республики, то описываемый социологический позитивизм, делающий конституционную действительность источником права, позволяет *гораздо быстрее и эффективнее* подстраивать конституцию под политическую целесообразность, не тратя дополнительные время и ресурсы на имплементацию изменившейся нормы в менее плюралистичную систему правопорядка[118]. Полемизируя, приведем мнение из немецкой литературы: в то время как в Веймарской республике категория конституционной действительности не получила интенсивного

---

[115] Так, медиаисследования характеризуются еще бóльшей гетерогенностью подходов.

[116] См.: Ridder, H. „Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit“ („Verfassung und Verfassungsrecht“): Bemerkungen zum Inhalt und zur ideologischen und politischen Funktion der Formel // Ridder, H. Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1975. S. 13-18.

[117] Ibid.

[118] Ibid.

развития, так как Конституция 1919 года предоставляла инструментарий для ее адаптации под изменившиеся политические условия, в частности, нормы статьи 48 предусматривали приостановку действия основных прав, то в Боннской республике Основной закон главным образом корректируется усилиями ФКС через постоянное «примирение» конституции с конституционной действительностью: *на место применения права по отношению к действительности приходит применение действительности по отношению к праву*[119].

10. Проблема злоупотребления методологическим плюрализмом заслуживает комментария на еще одном примере из области конституционно-правовых исследований, относимых к проблематике настоящей работы. Если обратить внимание на то, как конструируется соотношение *конституционная нормативность vs. конституционная действительность* в немецких публично-правовых исследованиях о России, то станет заметен явный упор на изучение конституционной действительности, которую немецкие коллеги используют для критики или даже опровержения существующей конституционной нормативности; последней при этом исследовательский интерес уделяется по остаточному принципу. Поскольку, как мы уже отмечали, с падением аргументационных запретов постижение конституционной действительности становится общефилософским занятием, в ход идут любые аргументы.

Так, профессор публичного права, российского права и сравнительного правоведения Берлинского университета имени Гумбольдта в отставке Александр Бланкенагель (Alexander Blankenagel) свою прощальную лекцию называет цитатой из творчества Федора Тютчева «В Россию можно только верить»; что на основе содержания лекции можно трактовать как определенный культурный аргумент для слушателей о неприменимости, недейственности в России западной конституционной нормативности *по определению*, настраивающий их на восприятие исключительно конституционной действительности. О том, что таковая действительность обязательно будет противоречить конституционной нормативности, а Россия снова воспринимается как «место тьмы», профессор Бланкенагель заявляет уже во вступлении, где он без убедительного обоснования сам задает параметры этой действительности. Его лекция в духе советологии времен начала Холодной войны, прочитанная, однако, в 2015 году, изобилует распространенными в западной медиасистеме стереотипами о нашей стране. Собственно конституционно-правовые вопросы едва ли занимают заметное место в лекции профессора публичного права, завершающей его многолетнюю университетскую карьеру. Важно заметить, однако, что профессор Бланкенагель постоянно подчеркивает высокое значение неформальных, неписанных правил и указывает на скрывающиеся за формальным конституционно-правовым «фасадом»

[119] Ibid. S. 19.

теневые властные структуры, наличие которых как бы делает излишней необходимость изучения российской конституционной нормативности[120].

Подобная инкарнация конституционной нормативности и конституционной действительности, по нашему мнению, свойственна социолого-правовому анализу любого суверенного государства, в чем также убеждают доводы Карла Шмитта о способности суверена вводить чрезвычайное положение и приостанавливать действующий нормативный порядок. Проблемой при этом является размытый исследовательский стандарт, который делает возможным, во-первых, различное соотношение между учетом в научных работах конституционной нормативности и конституционной действительности, которая по выбору исследователя может быть как противоречащей первой, так и подкрепляющей ее. Во-вторых, обращаясь к наработкам социального конструктивизма, следует заметить, что особенности восприятия исследователем внешнего мира как объективной действительности представляет собой отдельное проблемное поле.

Представляется, что германское публично-правовое научное сообщество, использующее, как это заметно и на примере лекции профессора Бланкенагеля, привычное для себя, но при этом глубоко догматическое разделение на демократические и недемократические политические режимы, обеспечивает таким образом определенную *преконфигурацию*[121] научного исследования на основе следующих двух моделей: в отношении режимов, объявленных демократическими, изучается, в основном, конституционная нормативность, а также, как правило, подкрепляющая ее конституционная действительность, в отношении режимов, назначенных авторитарными и тоталитарными, по общему правилу рассматривается конституционная действительность, противоречащая конституционной нормативности. Ответ на вопрос о том, какой конкретный политический режим считать демократическим или недемократическим, как мы будем стремиться показать в настоящей работе, зависит исключительно от выбора одной из двух моделей, то есть от перспективы. Распространенность той или иной перспективы, в свою очередь, зависит от общественного мнения, которое формируется при ключевой роли западных медиа, а в особых случаях и эксплицитно со стороны правительственных институтов[122]. Несложно увидеть за этим дуализмом более древнее *различение между другом и врагом*.

---

[120] См. подробнее: Blankenagel, A. «An Russland kann man nur glauben». Humboldt-Universität zu Berlin. URL: www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/em/blk/abschiedsvorlesung.pdf (accessed 01.11.2023).

[121] Большое значение различению конституционного права и конституционной действительности придает австрийский профессор Бернд Визер (Bernd Wieser). В отношении Восточной Европы для будущих конституционных сравнительно-правовых исследований он как бы делает следующую *преконфигурацию* – недостаток правовых традиций, а также господство «социалистического государства правового нигилизма», что сразу предпосылает активное обращение к конституционной действительности. См.: Wieser, B. Vergleichendes Verfassungsrecht. Wien: Springer, 2005. S. 49-57.

[122] Ярким примером является резолюция Европейского парламента, согласно которой Венгрию следует рассматривать не как демократию, а в качестве *«гибридного режима избирательной автократии»*. Даже при поверхностном анализе документа проявляется политический характер этой классификации, коренящийся в

Согласимся, что потенциал высказанной мысли для критического переосмысления многих современных немецких политико-правовых исследований требует более последовательного ее подтверждения. Еще один показательный пример дает обращение к научным работам профессора права Ангелики Нуссбергер (Angelika Nußberger), которая многие годы занимается изучением нашей страны. В докладе со спорным названием «Конец правового государства в России? Проблемы развития правового государства в зеркале судебной практики Конституционного Суда Российской Федерации (КС РФ) и Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ)» рассматриваемая проблематика уже во введении помещается в культурный контекст, строго предопределяющий восприятие российской правовой системы как оппозиции правовой действительности[123]. В своей критике КС РФ профессор Нуссбергер оценивает эффективность суда по защите правового государства, главным образом, пропорционально степени его противодействия президенту страны, переводя дискуссию в плоскость собственных представлений о политической целесообразности. Наконец, обращаясь к непосредственно относимой к настоящей работе проблематике, бывший советолог Маргарета Моммзен (Margareta Mommsen) также призывает оценивать свободу массовой информации в России на основе анализа конституционной действительности, наблюдаемой в основном через призму медиасообщений одной общественно-политической направленности, по итогам которого она диагностирует, что о конституционной легитимности России «не может быть и речи»[124]. Подобная методологическая эклектика, сопровождающая ощутимую часть германских публично-правовых исследований, посвященных России, не оставляет сомнений о их подлинной политической цели по делегитимизации государства, не всегда удачно прикрываемой аргументацией в публицистическом стиле.

В то же время в конституционно-правовых исследованиях, посвященных собственной стране, германские ученые чаще всего уделяют основное внимание исследованию юридической догматики, и в меньшей мере – также подтверждающей ее конституционной

противостоянии руководства Венгрии и официального Брюсселя. Выдвинутые против Венгрии обвинения в нарушении принципов плюрализма в медиасфере и свободы выражения мнения справедливы и по отношению к Германии, что мы стремимся продемонстрировать далее в работе. Это, однако, не повлекло аналогичной «реклассификации» ФРГ. См.: European Parliament resolution of 15 September 2022. URL: www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0324_DE.html (accessed 01.11.2023).

[123] Первые строки введения к докладу: «Что-то важное происходит в России, как правило, тайно. Зрителю, как в случае с православными богослужениями, при которых существенное происходит за роскошным золотым Иконостасом, открывается лишь часть целого; скорее он должен теряться в догадках. Это кажется общей характеристикой культур, основанных на православии. Положительно, что в этих процессах есть что-то загадочное или даже мистическое. В негативном и прагматическом смысле можно было бы говорить о недостающей транспарентности. Транспарентность, однако, является базовым признаком правового государства. […]». См.: Nußberger, A. Ende des Rechtsstaats in Russland? Probleme der rechtsstaatlichen Entwicklung im Spiegel der Rechtsprechung des Russischen Verfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Köln: Schmidt, 2007. S. 1.

[124] См.: Mommsen, M. Das Verhältnis von Macht und Medien in der Russischen Föderation // Nußberger, A. (Hrsg.) Medienrecht und Meinungsfreiheit in Russland. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. S. 109-127.

действительности. Если не соглашаться с поверхностным объяснением этого обстоятельства тем фактом, что Германия является *«полноценной демократией»* (full democracy) согласно составляемому британской прессой индексу[125], а обратиться к малочисленной критической литературе на этот счет[126], то можно будет констатировать существование двух альтернативных публичных сфер: более монолитной евроатлантической, ситуативно прогосударственной, и гетерогенной критической, альтернативной сферы, в рамках которой тематизируются факты, не совпадающие с господствующим нарративом. На наш взгляд, у большинства ученых, критикующих существующий коммуникационный порядок ФРГ, могут возникать опасения, не будет ли их деятельность оценена как экстремизм: ведомство по охране конституции (Verfassungsschutz) с 2021 года открыто ведет наблюдение за лицами, осуществляющими «делегитимизацию государства» (Verfassungsschutzrelevante Delegitimierung des Staates). Очевидно, что обсуждение конституционно-правовых проблем также может попадать в эту категорию[127].

В настоящей работе мы не ставим задачу делегитимизировать немецкое государство; это являлось бы нарушением как научной этики, так и не отвечало бы поставленным целям исследования. Однако, представляется необходимым не игнорировать неудобные факты, а включать их в рассмотрение; в итоге, мы уверены, подобный анализ может лишь помочь укрепить государственный суверенитет Германии и приступить к выстраиванию новой архитектуры международных отношений исходя из национальных интересов ФРГ, что, в свою очередь, приведет к восстановлению диалога с Россией.

11. Итогом предыдущих размышлений о пригодности различных типов правопонимания для изучения демократического коммуникационного порядка не может быть их критика сама по себе; необходимо выстроить позитивную исследовательскую программу, в парадигме которой предполагается делать дальнейшие шаги к пониманию коммуникационной сферы современной Германии.

Прежде мы неоднократно обращали внимание на политическую логику, властный контекст, так или иначе проступающий в любом типе правопонимания, пытающемся рационализировать конституционно-правовое регулирование коммуникационной сферы посредством своего метода. Этот интегративный характер логики власти дает возможность

---

[125] См.: Democracy Index 2024. URL: https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2024/ (accessed 01.12.2024).

[126] См., например, литературу с правовой релевантностью, критикующую нарратив о свободных медиа в ФРГ: Meyen, M. Cancel Culture. Wie Propaganda und Zensur Demokratie und Gesellschaft zerstören. Berlin: Hintergrund, 2024; Baab, P. Propagandapresse. Wie uns Medien und Lohnschreiber in Kriege treiben. Berlin: Verlag Hintergrund, 2024; Krone-Schmalz, G. Eiszeit: wie Russland dämonisiert wird und warum das so gefährlich ist. München: C.H. Beck, 2017; Dohnanyi, K. Nationale Interessen: Orientierung für deutsche und europäische Politik in Zeiten globaler Umbrüche. München: Siedler, 2022; Müller, A. Glaube wenig, hinterfrage alles, denke selbst: wie man Manipulationen durchschaut. Frankfurt/Main: Westend. 2022.

[127] См. в этом направлении обзорно: Gusy, C. Delegitimierung des Staates. Legitimierung – Delegitimierung – Verfassungsschutz // Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht. 2022. S. 101-109.

сконструировать исследовательскую парадигму на ее основе, по возможности сводя к минимуму свойственные в рамках междисциплинарного подхода риски релятивизма и методологической неаккуратности.

Мы старались показать, что в качестве фундамента лучше всего для выполнения этой задачи подходит правовой реализм; однако и в рамках этого направления по-разному расставляются исследовательские приоритеты – не все реалистические правовые концепции можно считать совместимыми с профилем права как науки. Например, такое несоответствие очевидно, когда реалисты исходят из сугубо *прагматических* соображений и стремятся повлиять на судебное решение, согласно известному высказыванию Оливера Холмса, принимая мышление «плохого человека», которого не волнуют теоретические выкладки, но он хочет лишь знать, что на самом деле могут сделать суды и ничего более претенциозного[128]. Познание при таком мышлении ограничивается двумя элементами: во-первых, субъективными интересами «плохого человека», который преследует собственную выгоду, и во-вторых, наделением излишней субъектностью судов. Это оправданно при преследовании частных интересов, поскольку судебные решения напрямую затрагивают жизнь людей, но неадекватно обстоятельству, что суды работают в соответствующей системе в рамках национального государства, которое, в свою очередь, встроено в определенные наднациональные структуры. Иными словами, прагматический реализм оставляет мало места для системного анализа.

Пространства для исследовательского маневра становится больше, когда правовой реализм соединяется со смежными доктринами политического реализма в традициях Томаса Гоббса и Никколо Макиавелли. Здесь становятся очевидными причины, по которым современное конституционное право ФРГ едва ли стремится воспринять такие подходы. Основания для этого кроются в различном видении соотношения политики и права политическими реалистами и сторонниками конституционализма. Если исходить из четырех возможных соотношений между правом и политикой[129], то политическому реализму свойственны либо радикальный подход Гоббса, согласно которому политический суверен создает право, либо более сбалансированный подход Макиавелли, который подразумевает

---

[128] См.: Holmes, OW. The Path of the Law. Kila, MT: Kessinger, 2010. S. 4.

[129] **Основные варианты соотношения между правом и политикой** выражаются в четырех измерениях. *Во-первых*, *политика подчиняется праву*. Подход связан с философским наследием Аристотеля, Иммануила Канта; в Германии в качестве примера такой позиции часто приводится Anti-Machiavel Фридриха II. *Во-вторых, политика создает право.* К этому измерению относимы теории суверенитета Томаса Гоббса, а также «ослабленные» версии суверенитета в учениях Жана Бодена и Карла Шмитта, в которых политика не создает право, но гарантирует продолжение правового порядка; суверен в случае чрезвычайного положения может выйти из правового поля. *В-третьих, политика выступает наряду с правом.* Это направление отсылает к Макиавелли и предполагает эпизодическое доминирование политики над правом при необходимости. Гегель, Фихте и Маркс мыслят в этой парадигме. *В-четвертых, конституция устанавливает границы для политического установления права*. В рамках этого измерения господствует идея конституционного контроля политической власти, характерная для современного Основного закона, подразумевающая формальные и материальные ограничения. См.: Kaufmann, M. Politik und Recht // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 371-381.

эпизодическое вмешательство политики в право согласно потребности. Современная проблематика юридизации политики через конституционное право, например, в контексте расширения сферы защиты основных прав, подтверждает, что обращение к Макиавелли может быть актуальным для защиты автономии политики как средства формирования будущего и удержании функции права в рамках направленности на сохранение существующего порядка. В любом случае, очевидно, что ход мыслей реалистов конфликтует с демократическим, легитимирующим компонентом конституционного права. Принятие идеи ограничения политической власти конституцией как бы препятствует предположению в традиции Макиавелли, что конституция скорее усиливает власть, придавая ей абстрактный характер, а не сдерживает ее. В противоречие с идеями конституционализма о транспарентности вступает также характерный для работ Макиавелли *дуализм внешнего и действительного*[130], который предполагает некую внутреннюю, непубличную структуру и логику власти[131]. Для коммуникационной проблематики приобретает значение имманентная учению Макиавелли идея инструментализации веры массы людей с целью осуществления власти[132], то есть управление общественным мнением.

Относительно методологии важно подчеркнуть, что подобный подход предполагает повышенные требования к исследователю: применительно к конституционному праву больше нельзя отказаться от изучения тех или иных явлений, сославшись на контингентность, случайность, отличающую теоретические представления о процессах принятия решений в современных плюралистических демократиях. Неслучайно, что системный отказ от организации науки немецкого государственного права с опорой на реальнополитический подход был политическим решением западных союзников.

Для компенсации этого положения дел требуется относительно актуальная концепция, основанная на традициях Макиавелли и Гоббса. Подобной базой для осмысления конституционно-правовой проблематики коммуникации может стать теория классического политического реализма Ганса Моргентау – подход, обладающий универсальной потенцией применения вне зависимости от временных, культурных, технологических или иных условностей[133].

Классический реализм Моргентау раскрывается через 6 базовых принципов. Во-первых, речь идет о признании объективных социальных законов в политике, коренящихся

---

[130] Макиавелли имплицитно подразумевает, что существует некая кажущаяся сфера политического, которая не имеет отношения к реальности политического действия. Заговор и насилие в концепции Макиавелли не абсолютизируются, но играют существенную роль; его учение не является аморальным, скорее оно индифферентно к морали. См.: Zantke, M. Machiavelli und das Geheimnis politischer Macht // Knobloch, J. (Hrsg.) Staat und Geheimnis: der Kampf um die (Un-)Sichtbarkeit der Macht. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2019. S. 35.

[131] См.: Braun, J. Op. cit. S. 190.

[132] См.: Zantke, M. Op. cit. S. 40.

[133] См.: Rohde, C. Hans J. Morgenthau und der weltpolitische Realismus. Wiesbaden: VS Verlag, 2004. S. 55-56.

в природе человека. Принцип не предполагает радикальный детерминизм, а фокусирует внимание на истории как источнике для изучения политических закономерностей[134]. Применительно к изучению коммуникационной проблематики это означает усиленное внимание к эмпирическим данным о воздействии медиа на людей. Во-вторых, утверждается концепция интереса как стремления к власти, что дает ключ к пониманию сложной историко-политической действительности и является «приводным ремнем» между политической эмпирией и разумом, делающим попытки ее структурировать. Власть обозначается как утверждаемый в социальных отношениях контроль людей за людьми; она проявляется как в военной, так и в политической сферах. При этом политическая власть является предпочтительной благодаря влиянию на сознание и мышление людей, что обуславливает ее более длительный характер. В-третьих, Моргентау признает в качестве ядра национальных интересов стремление общности к выживанию, вокруг которого образуются разнородные секундарные интересы, подлежащие выполнению при гарантировании выживания. В-четвертых, применение категорий универсальной морали в политике имеет четкие границы. В-пятых, презюмируется различие между универсальной и национальной моралью. В-шестых, постулируется автономность политической сферы[135].

12. Разумеется, теория Моргентау нуждается в корректировках с учетом предмета исследования настоящей работы. В качестве преимущества реальнополитических теорий, однако, стоит отметить, что они не маскируют политическую логику как таковую, что, однако, не исключает вероятное заблуждение относительно субъектов, обладающих властью, их мотивов и интересов.

Переходя к требующим корректировки нюансам, во-первых, следует обратиться к *понятию власти*, неопределенность которого в разработках политических реалистов весьма известна. В этом смысле вновь оказывается обоснованным обращение к классическому политическому реализму Моргентау, а не к более современным неореалистическим течениям: как признается, последние сводят власть к материальным ресурсам, то есть военной силе и экономическому давлению[136]. Однако и трактовка упомянутой нами при перечислении принципов классического политического реализма власти в политической сфере нуждается в определенном «приспособлении» для коммуникации. В современной

---

[134] В этом контексте важно объяснить, почему не был избран более современный **неореалистический подход**. Послужившее причиной выбора различие между неореалистами и классическими реалистами состоит в методологии: в то время как классические реалисты исходят из индукции, то есть делают выводы на основе множества единичных частных наблюдений, неореалисты выводят свои суждения из нескольких центральных допущений дедуктивно. См.: Ditzel, P., Hoegerle, P. Der Neorealismus in den internationalen Beziehungen // Müller, MM. (Hrsg.) Casebook internationale Politik. 1. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss., 2011. S. 15-25.

[135] Следует также упомянуть преимущество подхода Моргентау по сравнению с теорией Карла Шмитта: первый подход менее эмоционализирован, Моргентау справедливо критикует его оппозицию друг/враг. См. подробнее: Кучеренко, С. Власть и насилие в реализме Моргентау // Социологическое обозрение. 2019. Т. 18. №4. С. 321-328.

[136] См.: Кучеренко, С. Указ. соч. С. 321.

литературе власть такого типа часто обозначается как *мягкая сила* (soft power); именно в рамках этой категории можно обобщить власть коммуникации, инструментарий которой разнообразен и включает не только деятельность по управлению общественным мнением, но и дипломатию, политику в области основных прав и так далее. Важно подчеркнуть, что управление общественным мнением как мягкая сила не находится в конфликте с военной и экономической мощью (hard power), напротив, власть может быть эффективна только при их гармоничном, взаимодополняющем использовании[137]. Органическая связь между этими категориями отражает стратегическое значение демократического коммуникационного порядка.

Возникает дуализм нормативных конституционно-правовых предписаний, касающихся организации коммуникации в плюралистическом обществе, и фактических интересов и целей, преследуемых властной элитой. Так, в принятой федеральным правительством ФРГ в 2023 году первой Стратегии национальной безопасности Германии в свете смены эпох (Zeitenwende)[138] провозглашается необходимость борьбы с угрозами для немецкой плюралистической демократии[139]. В частности, предусматривается активное противодействие дезинформации и манипулятивной коммуникации, усиление воинствующей демократии[140], отражение «гибридных угроз» в рамках совместной работы в структурах Североатлантического альянса и Европейского союза. Очевидно, что обилие неправовых понятий и стоящих за ними государственных мер по управлению общественным мнением образует конфликтное поле с установленными ФКС гарантиями демократического коммуникационного порядка. Так, например, борьба с манипулятивной коммуникацией не укладывается в парадигму коммуникационных свобод, не допускающих гибридное санкционирование за формально законные высказывания.

13. Тесная связь между *soft* и *hard power* и стратегическое значение первой становятся особо наблюдаемыми во время геополитических противостояний, военных конфликтов. Неслучайно, что ученые, внесшие значимый вклад в эмпирические исследования функционирования коммуникационной сферы на Западе, занимались исследованиями

---

[137] См.: Кастельс, М. Власть коммуникации: учеб. пособие / М. Кастельс; пер. с англ. Н. М. Тылевич; под науч. ред. А. И. Черных; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. С. 61.

[138] **Нарратив о Zeitenwende** впервые использовал федеральный канцлер ФРГ в 2022 году в своем выступлении в Бундестаге, чтобы описать изменившуюся в Европе ситуацию в сфере безопасности. Критики отмечают, что власти ФРГ используют тезис о смене эпох для деконтекстуализации спорных внешнеполитических действий на предыдущих этапах, а также в целях ограничения основных прав населения Германии, в особенности, коммуникационных свобод.

[139] См.: Wehrhaft. Resilient. Nachhaltig. Integrierte Sicherheit für Deutschland. Nationale Sicherheitsstrategie. URL: www.bmvg.de/de/nationale-sicherheitsstrategie S. 46-47. (accessed: 01.09.2024).

[140] В развитие Стратегии национальной безопасности был принят программный документ «Вместе за демократию и против экстремизма» (Gemeinsam für Demokratie und gegen Extremismus), в детализирующих документах предусматривается масштабное правительственное субсидирование НКО, противостоящих «врагам демократии». См.: Strategie der Bundesregierung für eine starke, wehrhafte Demokratie und eine offene und vielfältige Gesellschaft. URL: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/ministerium/BMI24021.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (accessed: 01.09.2024).

военной пропаганды. Уолтер Липпман, чьи размышления заложили основы современной теории медиаэффектов и впоследствии были подтверждены эмпирическими исследованиями, внес весомый вклад в теорию и практику военной пропаганды США в годы Первой мировой войны. Аналогичной проблематикой занимался и уже упоминавшийся Гарольд Лассуэлл. На современном этапе актуальность темы только усилилась, подтверждением чему являются германские эмпирические исследования военной пропаганды трансатлантического блока[141]. Как и сто лет назад, все исследователи, имеющие дело с фактами, убедительно показывают, что в случае военной пропаганды речь идет не о случайной, ситуативно сложившейся поддержке различных групп интересов внутри плюралистической демократии «снизу», а о хорошо спланированной «сверху» информационной кампании с серьезными внешнеполитическими целями.

Профессор Мартин ван Кревельд (Martin van Creveld), специалист по стратегическим вопросам, указывает, что в контексте современных геополитических трансформаций, в частности, *перехода от модели тринитарной войны Клаузевица к конфликтам низкой интенсивности*, значение пропаганды и контроля за коммуникационной сферой будет только возрастать[142]. Плюралистичность, гетерогенность государств является важным фактором риска для появления на их территории конфликтов низкой интенсивности[143]. Таким образом, вопрос гарантирования плюрализма является в действительности вопросом выживания общности, ядром национального интереса. Исследователь не может легкомысленно относиться к процессам общественной плюрализации или интеграции как к случайности.

Однако, мы ни в коей мере не настаиваем на том, что гомогенность общности или государства всегда отвечает их интересам. Здесь требуется более тонкая дифференциация, для чего необходимо обратиться к размышлениям Никласа Лумана о власти как средстве коммуникации. Власть в таком рассмотрении является абстрактным символически генерализованным коммуникационным средством, то есть универсальным языком, который опосредует и координирует отношения во всех общественных подсистемах, в том числе в праве и медиасистеме[144]. Власть как средство коммуникации транслирует подчиненным

---

[141] См., например: Becker, J. Medien im Krieg – Krieg in den Medien. 1. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2016; Elter, A. Die Kriegsverkäufer: Geschichte der US-Propaganda 1917-2005. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

[142] Идеи тринитарной войны развиты в размышлениях Клаузевица, основанных на принципиальном разделении правительства, армии и народа, при этом последний вовлечен в происходящий конфликт в низкой степени. Конфликты низкой интенсивности сегодняшнего дня, напротив, предполагают тотальную войну с вовлечением населения, что требует повышения затрат на идеологическую работу. См.: Кревельд, М ван. Трансформация войны / Пер. с англ. М.: Альпина Бизнес Букс, 2005. С. 266-313.

[143] Там же. С. 271.

[144] Стоит заметить, что здесь мы вольно интерпретируем весьма абстрактную концепцию Н. Лумана. В то же время, как отмечается, труды Лумана написаны таким сложным и абстрактным языком, что вряд ли кто-то воспринимает его построения буквально. Подробнее об особенностях системной теории см.: Bung, J. Systemtheorie des Rechts // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 289-295.

ограниченную комплексность, то есть некий набор выгодных для себя селекций (опций), из которого подчиненные имеют возможность выбрать оптимальную. Этим же занимаются и медиа. Именно в создании неопределенности с помощью произведения наборов возможных селекций для подчиненных и заключается потенциал власти; при принуждении, которое следует отличать от власти, этот потенциал исчезает, ведь практикующий принуждение сам возлагает на себя бремя принятия решения. Иными словами, при принуждении власть обнаруживает себя, а также делает различимой выгодную ей опцию – конкретное повеление, что в итоге ставит ее в уязвимую позицию и ведет к нестабильности.

С другой стороны, трансляция со стороны власти бóльшего количества опций для подчиненных снижает вероятность того, что последние изберут вариант поведения, противоречащий интересам власти. Из этого следует важнейший вывод: *власть увеличивается с увеличением свобод подчиненных, с плюрализацией их возможностей выбора*[145]. Обстоятельство, что в действительности в плюралистических демократиях власть гораздо более могущественна, чем в более гомогенных общностях, обозначаемых в качестве авторитарных или тоталитарных режимов, является парадоксальным только на первый взгляд. Таким образом, *гарантирование плюрализма есть процесс реализации власти*, способный увеличить потенциал конфликта или консенсуса в обществе, замедлить течение одних событий и ускорить другие. Для сферы массмедиа это означает, что, транслируя набор селекций со стороны власти, они создают гетерогенность там, где это целесообразно, и устраняют ее в областях, где интересам власти отвечает интеграция. Иными словами, *гарантирование плюрализма в сфере массовой коммуникации в современном медиализированном обществе является проявлением принципа разделяй и властвуй*. Именно поэтому сущность конституционно-правового регулирования коммуникационной сферы невозможно познать без обращения к базовому методологическому инструментарию классического политического реализма.

Удивительно, что долгое время конституционное право отдавало процесс образования общественного мнения на откуп случайной игре общественных сил в либеральной традиции. Сомнения в том, была ли эта игра случайной, имеют давнюю природу. Американо-немецкий социолог Карл Дойч (Karl Wolfgang Deutsch) отмечал, что существенные центры власти располагаются там, где сходятся коммуникационные процессы, это *нервные узлы*, которые гарантируют интеграцию всего общества. Поэтому де факто обладателями власти являются те, кто имеет возможность существенного влияния на коммуникационный процесс[146].

---

[145] См.: Луман, Н. Власть / Пер. с нем. А.Ю. Антоновского. М.: Праксис, 2001. С.18-20.
[146] См.: Jäckel, M. Op. cit. S. 269.

14. В контексте этих рассуждений мы приближаемся ко второму моменту, который следует скорректировать в рамках модификации классического политического реализма для изучения конституционно-правовой проблематики. Он заключается в признании справедливости обстоятельства, что роль национального государства как центра власти, хотя оно формально еще остается главным игроком на международной арене, объективно снизилась в процессе глобализации. Для Германии с ее конституционно-правовой концепцией открытой государственности (offene Staatlichkeit) эта проблема была актуальна с момента формального возвращения суверенитета Боннской республике в 1955 году под условием вступления в трансатлантические структуры безопасности. Для преодоления ограниченности реализма в отношении его невосприимчивости к транснациональным и субнациональным игрокам[147] предлагается использовать концепцию власти в сетевом обществе, разработанную современным социологом Мануэлем Кастельсом, которая отвечает текущей плюрализации уровней и структур принятия решений[148]. Несмотря на некоторую идеологизированность базовой работы Кастельса, основная мысль, проходящая красной нитью через весь труд, заключается в том, что *усложнение системного строения общества, превращение его в сложную саморазвивающуюся систему, не означает потерю контроля за его развитием*; скорее он переходит от национального государства к транснациональным медиасетям, которые принимают на себя роль основного игрока в социальном управлении[149]. Упомянутые выше *нервные узлы* являются согласно этому подходу точками программирования и переключения различных глобальных сетей: разведывательных, военных, технологических, политических, медиасетей и других[150]. Эти точки схода в теории Кастельса – конкретные социальные акторы, обладающие наивысшей властью, сами могут являться сетями конкретных людей[151]. Исследователь подчеркивает, что его размышления не являются возрождением идеи властвующей элиты[152]; в то же время главную идею, которую можно почерпнуть из его труда, можно переформулировать и так: *усложнение сетевой логики глобализации означает не устранение иерархий и следующую за этим потерю контроля в пользу случайной самоорганизации, а его усиление*.

15. Исследовательский потенциал избранного нами подхода раскрывается при обращении к известному делу Шпигеля[153]. Для конституционного права случай релевантен, прежде всего, в связи с принятием по итогам политического кризиса одного из базовых решений ФКС по организации демократического коммуникационного порядка Германии.

---

[147] См.: Rohde, C. Op. cit. S. 55-60.
[148] См.: Кастельс, М. Власть коммуникации. Указ. соч. С. 86.
[149] Там же. С. 88-89.
[150] Там же. С. 93.
[151] Там же. С. 91.
[152] Там же. С. 93.
[153] См.: BVerfGE 20, 162.

Позиция суда по делу заключалась в признании за прессой публичной задачи как ключевого связующего звена между народом и политической властью в парламенте и правительстве, а также независимого органа контроля. Значение этого дела заключается в усилении защиты редакционной тайны и источников информации прессы от государства, в том числе, когда огласке придается чувствительная для безопасности государства информация, формально относящаяся к государственной тайне. Несмотря на то, что ФКС в итоге отклонил жалобу издателя Der Spiegel, имеют значение детали, что суд, во-первых, особым образом акцентуировал конфликт между свободой прессы и защитой государственной тайны, и, во-вторых, указал, что такой конфликт *может быть разрешен в рамках взвешивания, а не исходя из выводимых из законодательства формальных требований*, «потому что даже военные дела должны быть подчинены постоянной критике или одобрению со стороны народа»[154]. Дело Шпигеля считается поворотным пунктом для вестернизации как науки, так и практики государственного права Германии. Официальная историография рассматривает его преимущественно как важнейшую веху внутренней политики ФРГ[155]. Признается, что именно после этого политического кризиса деонтологизирующееся немецкое государство окончательно уступило свое политическое место оживленному плюрализму различных социальных групп интересов, пользующихся коммуникационными свободами, а ФРГ был успешно сдан экзамен по плюралистической демократии[156].

В то же время есть и другая трактовка этого дела, стоящая в тени господствующего нарратива. Если опираться на позицию затронутой стороны, известного немецкого политика, а в то время – министра обороны ФРГ Франца Йозефа Штрауса (Franz Josef Strauß), то дело Шпигеля не было торжеством свободы прессы и не носило внутриполитический характер[157]. Речь шла о геополитическом противостоянии внутри Североатлантического альянса между частично неформальными группами сторонников более тесного франко-германского союза, не исключавшего также партнерства в сфере стратегических вооружений, и приверженцами трансатлантического пути, видевших в растущем сближении Аденауэра и де Голля риски потери контроля за «европейским плацдармом»[158]. Усматривающего в ядерном сотрудничестве с Францией шанс для сокращения расходов на обычные вооружения министра обороны Штрауса можно было условно отнести к голлистам[159]. Лагерь

---

[154] См.: Fechner, F. Entscheidungen zum Medienrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018. S. 253-263.

[155] См.: Grau, A. Spiegel-Affäre. Lebendiges Museum Online, Stiftung Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. URL: http://www.hdg.de/lemo/kapitel/geteiltes-deutschland-modernisierung/bundesrepublik-im-wandel/spiegel-affaere.html (accessed: 01.09.2024).

[156] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. München: Oldenbourg, 2004. S. 240-241.

[157] См.: Strauß, FJ. Die Erinnerungen. 2. Aufl. Berlin: Siedler, 1989. S. 355-380, 411-443.

[158] См.: Brzezinski, Z. Die einzige Weltmacht: Amerikas Strategie der Vorherrschaft. Weinheim; Berlin: BeltzQuadriga, 1997.

[159] См.: Strauß, FJ. Op. cit. S. 355-380, 411-443.

атлантистов был представлен министром иностранных дел Герхардом Шредером (Gerhard Schröder, 1910). Решающую поддержку Шредеру, стремясь обеспечить его избрание федеральным канцлером после Аденауэра, оказывала пресса, среди которой наиболее активными были журнал Der Spiegel, издания Stern и Die Zeit, обозначаемые часто как *гамбургская публицистика* (Hamburger Publizistik). Опираясь на фактический материал, Штраус указывает, что за гамбургской публицистикой – лицензионной прессой британской оккупационной зоны – стояли преимущественно интересы иностранного государства, желающего сорвать франко-германское сотрудничество. Предполагать подобное позволяет и личность издателя Der Spiegel Рудольфа Аугштайна, во время действия оккупационного режима неоднократно получавшего лицензии на осуществление журналистской деятельности и активно сотрудничавшего с различными английскими службами. Штраус утверждает, что Лондон крайне резко отреагировал на немецкие санкции в отношении Аугштайна[160]; кроме того, он замечает, что английское правительство в то время стремилось реализовать расходящиеся с национальными интересами ФРГ планы, организуя кампании в немецкой прессе. *Штраус справедливо видит в этом проблему дефицита суверенитета ФРГ, выражавшегося в том числе и в отсутствии контроля за массовой коммуникацией на собственной территории якобы в целях защиты свободы прессы*[161]. В том числе и в результате пропагандистской кампании при участии Der Spiegel, получившего материалы для публикации от спецслужб, планы совместной работы с Францией были окончательно расстроены.

Независимые источники подтверждают, что дело Шпигеля следует рассматривать в контексте политической проблематики[162]. Почему же такая трактовка этого казуса не нашла распространения среди германских конституционалистов? В литературе дается справедливый ответ: кейс указывает на номинальный характер суверенитета, который Германия получила в 1955 году – детальное изучение дела Шпигеля не повысило бы авторитет Основного закона. Все же с конституционно-правовой точки зрения возникают и более глубокие вопросы, связанные с переоценкой решения ФКС по этому делу. Имелись ли у суда материалы о связях гамбургской публицистики с иностранными государствами? Насколько привилегирование института прессы в такой ситуации отвечает основам конституционного строя ФРГ как демократического государства? Концепция открытой государственности с частичной передачей суверенитета на наднациональный уровень также перестает вызывать оптимизм, если перед глазами стоит возможность острой конкуренции внутри объединения союзников. Поскольку существенные документы, касающиеся этого

[160] См.: Strauß, FJ. Op. cit. S. 422-425.

[161] См.: Geiger, T. Atlantiker gegen Gaullisten: außenpolitischer Konflikt und innerparteilicher Machtkampf in der CDU/CSU 1958-1969. München: Oldenbourg Verlag, 2008. S. 517-533.

[162] Ibid. S. 176-186.

дела, остаются засекреченными, исследователям остается дожидаться их опубликования, чтобы сделать окончательные выводы с необходимой точностью.

Очевидно, однако, что для проведения качественного конституционно-правового анализа использование актуализированной нами модели классического реализма является необходимым. В рамках социологического правопонимания исследовательская схема может органично дополняться и иными концепциями, их взаимную связь и пропорцию применения обеспечит проявляющаяся в любой сфере логика власти. Подход не релятивирует конституционное право, а, наоборот, предлагает исходить из реальных возможностей, что может сделать ограничение власти более эффективным.

§1.2. Плюрализм в системе фундаментальных категорий конституционного (государственного) права Германии[163]

1. Политический плюрализм является *conditio sine qua non* демократии в современной западной интерпретации; одновременно с этим он признается и ее продуктом, конституционной ценностью или даже употребляется как синоним свободы[164]. Столь важное значение плюрализма, его многоаспектность и широкое употребление не только в конституционно-правовой литературе, но и в целом в публичной сфере делают его

[163] При подготовке параграфа использованы материалы статьи: Короткевич, М. А. Немецкий подход к гарантированию плюрализма в сфере массовой коммуникации // Конституционное и муниципальное право. 2024. №4. С. 56-64.

[164] См.: Steffani, W. Vom Pluralismus zum Neopluralismus // Oberreuter, H. (Hrsg.) Pluralismus: Grundlegung und Diskussion. Opladen: Leske und Budrich, 1980. S. 38-41; Oberreuter, H. Pluralismus // Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft: in 5 Bänden. 8. Aufl., Bd. 4. Freiburg; Basel; Wien: Herder, 2020. Связанная с плюрализмом неопределенность проявляется здесь достаточно ярко: если плюрализм является необходимым условием, *предпосылкой* демократии и одновременно с этим ее *продуктом*, то как провести различие между «естественным» плюрализмом и плюрализмом, «произведенным» демократией? Как определить, где демократию легитимирует естественное деление общества на плюралистические группы и центры силы *«снизу вверх»*, а где сама демократия структурирует общество *«сверху вниз»*? Обстоятельство, что *плюрализм как ценность* включает оба этих измерения, кажется, лишь усложняет проблему. Например, профессор Нуссбергер, подражая Карлу Попперу, определяет ценность плюрализма негативно, то есть «от врагов» открытого общества, традиционно для этого жанра интеллектуальной мысли критикуя Платона и марксизм-ленинизм; из рассуждений профессора видно, что она склоняется к признанию *нейтральности* плюрализма с идеологической точки зрения. В то же время исследователь признает необходимость активных мер по его гарантированию «для формирования противостоящей силы» и «противоположной информации», приводя в пример немецкую модель гарантирования плюрализма в сфере коммуникации. Возникает вопрос, тогда на основе каких идеологических представлений государство будет активно оформлять общественную сферу? Их наличие подтверждает хотя бы то обстоятельство, что государство должно каким-то образом структурировать действительность, чтобы определить силы, которым следует противостоять. Кроме того, сложно поверить, что ценность в принципе может быть идеологически нейтральной; в чем тогда ее позитивное содержание? Таким образом, презентуемое в качестве преимущества, негативное определение плюрализма как ценности, на наш взгляд, в действительности служит маскировке, «закрытию» его идеологической детерминированности, опасность чего для открытого общества в духе Поппера сложно переоценить. См.: Нуссбергер, А. Плюрализм – конституционная ценность // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 6(67). С. 89-98.

нормативной политической позицией. Ее общее конвенциональное определение включает признание многообразия независимых друг от друга, автономных и равноправных мнений, интересов и ценностей, организованных в конкурирующие группы, стремящиеся придать своим позициям реальное влияние в ориентированном на общее благо как на регулятивную идею процессе принятия решений, защищенным в своем ядре конституцией, в особенности политическими основными правами[165]; более четкое контурирование концепта плюрализма является предметом спора в рамках поднаправлений плюралистической демократической теории. В науке часто говорится о необходимости отделять от очерченного политического измерения плюрализма *дескриптивно-аналитический плюрализм в социологическом смысле*, который занимается эмпирическими исследованиями социальных групп и их роли в общественной жизни[166]. Подобное обособление имеет мало смысла, поскольку схему познания действительности это будто бы самостоятельное социологическое направление заимствует у политического плюрализма. Иными словами, подобные исследования играют служебную роль, занимаясь поиском фактов, укрепляющих плюрализм как нормативную концепцию; смена же политической оптики приведет к другим выводам, не в меньшей степени опирающимся на эмпирические данные[167].

---

[165] **Дадим комментарий к определению плюрализма**. **(1)** «*Признание* многообразия […]» означает, во-первых, отношение к фактической общественной гетерогенности как к удовлетворительному, не требующему исправления состоянию, и, во-вторых, фиксацию многообразия в качестве нормативной цели. Из первого вытекают присущие плюрализму как структурному принципу формализм и толерантность. Второе же подчеркивает его ценностную, мировоззренческую природу и обосновывает материальное содержание. Каково должно быть конкретное соотношение этих двух аспектов, является предметом спора между плюралистами. **(2)** *Качества независимости, автономности и равноправия* подчеркивают отличие плюрализма от простого многообразия, при котором элементы могут находится в иерархической связи друг с другом. **(3)** *Организацию* плюралистических элементов в конкурирующие социальные группы следует понимать широко: такие группы могут быть не только реальными, но и номинальными. Особенно это актуально в связи с ослаблением роли политических партий в процессе медиализации, когда функция структурирования общества и публичного мнения все больше переходит в исключительную сферу ответственности медиа. **(4)** Понимание *общего блага как регулятивной идеи* подчеркивает не априорный, а апостериорный характер последнего. Отсюда следует, что демократия часто понимается плюралистами как процесс или метод. В то же время не без противоречия презюмируется, что акторы руководствуются в своих действиях идеей общего блага. **(5)** Конституция и основные права защищают *базовые «правила игры»* в процессе принятия решений, а также его минимальные *материальные принципы*. Плюрализм, таким образом, находится в поле напряжения между консенсусом и конфликтом; проблема соотношения «бесспорного» и «спорного» секторов плюралистической демократии по-разному решается различными исследователями и практиками. См. подробнее: Steffani, W. Op. cit. S. 38-40; Oberreuter, H. Pluralismus und Antipluralismus // Oberreuter, H. (Hrsg.) Pluralismus: Grundlegung und Diskussion. Opladen: Leske und Budrich, 1980. S. 21-28.

[166] См.: Staatslexikon. Pluralismus. Op.cit; Steffani, W. Op. cit. S. 40-41.

[167] Например, еще в 1957 году известный американский социолог Чарльз Райт Миллс, отказавшись от «романтической теории плюрализма», проанализировал множество фактов американской политической жизни и пришел к неутешительным выводам о весьма небольшом влиянии на политику США демократических сил. В то же время известный сторонник плюрализма американский политолог Роберт Алан Даль, также анализируя факты, приходит к гораздо более оптимистическим выводам, подтверждающим нормативные посылки плюрализма. Более того, его работа о полиархии, где он анализирует данные не только США, но и многих стран мира, имеет заметный эмпирический акцент. Объяснение этому несоответствию, возможно, кроется в характеристике, которую своей теории демократии давал сам Даль: она является одновременно «нормативной, эмпирической, философской, симпатизирующей, критической, исторической и утопической». *Если изучать плюрализм на основе столь «плюралистичного» методологического подхода, то можно прийти к любым выводам, комбинируя в соответствии с собственным мировоззрением нормативные и эмпирические элементы.* См.: Mills, CW. The Power Elite. London: Oxford Univ. Pr., 1968; цитата Р. Даля по: Schmidt, M. Demokratietheorien: eine Einführung. 6. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2019. S. 207; Даль, Р.А. Полиархия: участие и оппозиция / пер. с англ. С. Деникиной, В. Баранова; Гос. ун-т Высшая школа экономики. М.: Изд. дом Гос. ун-та Высшей школы экономики, 2010.

Понятие политического плюрализма даже в том общем виде, как оно приведено выше, имплицирует множество *политико-правовых предпониманий* (Vorverständnisse), которые рискуют остаться скрытыми, если отказаться от его исследования в междисциплинарном политико-правовом контексте. Мы предлагаем для этого попытаться найти место плюрализма в соотношении нескольких *бинарных оппозиций*, наиболее значимой из которых является *позитивная и негативная антропология*[168]. Образ человека (Menschenbild) является общей отправной точкой для исследований практически в любых областях знания; в особенности же он важен для юриспруденции, политологии, социологии, психологии и наук о медиа и коммуникации[169]. Для конституционного права образ человека и вовсе является специальным термином; даже политические противники, например, Петер Хеберле и Карл Шмитт, едины в том, что поиск антропологических предпосылок в конституционно-политической теории и практике имеет для науки большое значение[170].

Итак, *негативная антропология* подразумевает, что «по своей природе злой» человек после грехопадения оказывается в мире хаоса и анархии; ведомый страстями и инстинктами, он стремится в нем к реализации своих алчных желаний за счет более слабых. Разум ведет

---

[168] **Контекстуальное соотношение антропологии и образа человека** заслуживает комментария. Когда в настоящей работе говорится о *позитивной или негативной антропологии*, едва ли имеется в виду научная антропология в строгом смысле, скорее речь идет о несколько упрощенном образе человека, с которым связываются определенные этические или политические ожидания. Именно в таком виде антропологические элементы встречаются в политико-правовых текстах чаще всего. В литературе правильно отмечается, что подобный образ человека мало связан с экспликацией действительно антропологических структур, что, однако, не препятствует его использованию в качестве важнейшего аргумента для обоснования различных политико-правовых концепций. В настоящей работе мы используем эти две категории как синонимы, хотя и признаем необходимость их разделения в философских текстах. См. подробнее о различных трактовках антропологии: Bajohr, H. Negative Anthropologie. Begriffe, Spielarten, Gegenstände // Bajohr, H., Edinger, S. (Hrsg.) Negative Anthropologie: Ideengeschichte und Systematik einer unausgeschöpften Denkfigur. Berlin; Boston: De Gruyter, 2021. S. 11-14.

[169] См., например, объемное междисциплинарное издание об образах человека в подходах естественных и гуманитарных наук, религии, искусства, медиа и других сфер: Zichy, M. (Hrsg.) Handbuch Menschenbilder. Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2024. Другое исследование, предпринятое только с политологической перспективы и потому методологически более стройное, изучает антропологические образы человека как политические аргументы. Его автор подчеркивает, что господствующее философское рассмотрение антропологии недопустимым образом «блокирует» ее изучение со стороны политической науки, и это несмотря на то, что среди политологов существует консенсус относительно ключевой роли антропологических посылок в политической мысли; он стремится компенсировать это положение дел, критически исследуя динамичный образ человека как довод в политических дискуссиях, ведущих к принятию решений. См. подробнее: Höntzsch, F. Der Mensch als politisches Argument: Für eine politikwissenschaftliche Anthropologie. (Edition Politik). Bielefeld: transcript Verlag, 2023. S. 7-24.

[170] **Карл Шмитт**, например, отмечает, что «все теории государства и политические идеи можно проверить насчет их антропологии и затем подразделить в зависимости от того, предполагают ли они, сознательно или бессознательно, «по природе злого» или «по природе доброго человека». «Решающим здесь является проблематическое или непроблематическое понимание человека как предпосылки всех дальнейших политических расчетов, ответ на вопрос, есть ли человек существо «опасное» или безопасное», рискованное или безвредное, нерискованное», продолжает мыслитель. **Петер Хеберле** и вовсе посвятил поиску образа человека в конституционном государстве отдельную монографию, где на примере этой категории, «в которую вливаются естественно-научные, философские или даже теологические идеи», он последовательно развивает междисциплинарный диалог конституционного права и культуры – в работе устанавливается корреляция образа человека с образом Бога, мира (или мировоззрением) и народа. В то же время ученый признает, что образ человека является и *специальной конституционно-правовой категорией,* лежащей в основе принципов достоинства человека и демократии; при этом последний можно рассматривать как выводимый из образа человека *образ конституционного государства*. См.: Шмитт К. Понятие политического / пер. с немецкого под редакцией А.Ф. Филиппова. Санкт-Петербург: Наука, 2016. С. 335; Häberle, P. Das Menschenbild im Verfassungsstaat. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. S. 17-25.

человека к созданию противостоящего хаосу строго иерархичного порядка, коллектива, подчинение которому необходимо ради мира и безопасности. Онтологизация коллективного субъекта, который восполняет несовершенство человека, находит отражение в метафоре государства как организма, подобного телу; субъектность этого более совершенного организма, разумеется, означает, что он может действовать в отношении настоящих людей как детерминированных им объектов[171]. Направленная на стабильность, негативная антропология старается видеть человека таким, «какой он есть», а не должен быть; нормативизм и формализм свойственны ей в меньшей степени, если только они не поставлены на службу коллективу-государству, например, в форме этатистского легизма. Отсюда следует, что позитивная свобода здесь перевешивает негативную; более того, само весьма спорное противопоставление негативной и позитивной свободы, которое привычно связывается с рассуждениями Исайи Берлина, кажется, не действует в рамках этой парадигмы[172]. Поскольку приоритет негативной свободы является краеугольным камнем

[171] Здесь хорошо заметно, как очерченный ход мыслей вступает в конфликт с позицией ФКС относительно принципа достоинства человека, согласно которой запрещено «низводить» человека до уровня простого объекта государственного действия (Objektformel). См., например: BVerfGE 144, 20 (207); BVerfGE 122, 248 (271). В литературе, однако, дается и другая возможная интерпретация этой метафоры: государство как подобное человеку тело открывает путь и к *равноправному сравнению* человека и государства; на нем в дальнейшем строится, например, идея опосредованного действия основных прав между частными лицами. См.: Michael, L. §3 Konzeptionen und Methoden einer auf Staat und Verfassung bezogenen Rechtswissenschaft // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 52-54.

[172] **Трудности разграничения негативной и позитивной свободы** в логике политического учения Томаса Гоббса демонстрирует российский исследователь Л.В. Поляков: несмотря на то, что Гоббс понимал свободу негативно как отсутствие физических ограничений, по его логике подданный, действуя согласно установленному сувереном закону, не воспринимает это как принуждение в строгом смысле слова. Иными словами, Гоббс выступает за расширение поля деятельности государства, поскольку оно служит интересам индивида, при этом *не ограничивая* его свободу. Полную критику концепциям *«свободы от»* и *«свободы для»* британского мыслителя Исайи Берлина дает американский философ Джеральд Маккаллум младший: *во-первых*, в действительности невозможно отличить позитивную от негативной свободы, поскольку служащий для их разграничения *критерий отсутствия препятствий* можно толковать по-разному – большинство примеров позитивной свободы убедительно переформулируются «негативно». *Во-вторых,* вместо дихотомии Берлина профессор Маккаллум предлагает использовать *триадическую концепцию свободы*, которая учитывает и негативный, и позитивный аспекты свободы как *единого* явления: *x* (субъект) может быть свободен или не свободен по отношению к *y* (ограничение) сделать *z* (цель, действие или состояние). *В-третьих*, американский ученый указывает на политические причины противопоставления негативной и позитивной свободы – сторонники определенной формы организации общества и государства стремятся придать ей наиболее «свободный» характер. Продолжая его мысль, заметим, что идеи Берлина следует рассматривать как блестящую интеллектуальную попытку скорректировать (а точнее – *сузить*) понятие свободы в соответствии с политическими реалиями Британии до исключительно негативной, и чтобы это ограничение не так бросалось в глаза – затем *противопоставить* это редуцированное понятие позитивной свободе. Искусственность подобного противопоставления, в особенности бросающаяся в глаза в связи со стремлением Берлина связать его с конкретными политическими мыслителями, была замечена и Маккаллумом. Здесь следует только заметить, что Берлин был сторонником *радикального плюрализма* и именно под влиянием этой мировоззренческой позиции сформировалась его концепция свободы. В логике Берлина уже недостаточно плюрализма ценностей и следует плюрализовать отдельные ценности «изнутри», приписав им имманентные противоречия, что и происходит со свободой в его интерпретации. Проиллюстрируем на примере из коммуникационной сферы опасность противопоставления позитивной и негативной свободы, где первая чаще всего связывается с правом на доступ к медиа для выражения мнения, а вторая означает возможность выражать мнение без внешних ограничений, например, цензуры. В современном обществе, характеризующимся высокими степенями концентрации медиа, плотности городского населения, доли наемных работников и большим объемом производства информации негативная свобода выражения мнения в отличие от эпохи Джона Стюарта Милля означает, что рядовой гражданин или группа без внушительных ресурсов *в принципе не будут услышаны* публикой в таком объеме, который бы гарантировал им сколько-нибудь заметное влияние. Недопуск граждан к коммуникационной системе в таких условиях вполне можно рассматривать и как препятствие в рамках негативной свободы, ведь оформление

либеральной политической мысли, пессимистический образ человека чаще связывается с консервативными или республиканскими направлениями[173]. В качестве иллюстративного примера негативной антропологии ученые рассматривают труды Томаса Гоббса, но есть и множество других мыслителей, развивающих эту традицию[174].

Позитивная антропология, напротив, видит человека существом «по природе добрым», мирным и готовым к кооперации; эти его качества проявляются и в догосударственном состоянии, поэтому необходимости в создании сильного коллективного субъекта нет: общественный договор сохраняет бóльшую часть природного анархического порядка, что ведет к динамизму, открытости и автономности. Более того, поскольку позитивная свобода здесь отчетливо противопоставляется негативной, действует принцип: *чем меньше* поле деятельности государства и гарантируемой им через законодательное регулирование позитивной свободы, *тем больше* пространство для признаваемой высшим приоритетом негативной свободы граждан, на защите которой стоит радикально сформулированное право на сопротивление[175]. Государство метафорично представляется не как тело, но как механизм, то есть инструментализируется[176]. Корреляция между слабым государством и оптимистическим образом человека считается «базовым политико-антропологическим законом»[177]. Хотя и Гоббс считает человека разумным, оптимистическая антропология приписывает разуму иную нормативную цель: сомневаться в авторитетах, а не

коммуникационного порядка в рыночном виде есть решение государства. В любом случае, *реальный* объем свободы в коммуникационной сфере можно измерить лишь в триадическом соотношении с учетом как позитивных, так и негативных измерений свободы; только *в их взаимодействии* возможно определить ее объем. По этой причине в настоящей работе мы не употребляем термины негативная и позитивная свобода, а стараемся говорить о ее измерениях или аспектах, безусловно, учитывая факторы риска, связанные с политическим злоупотреблением позитивной свободой, на которые обращал внимание Берлин. См.: Поляков, Л.В. О понимании свободы. Перечитывая Исайю Берлина // Полития. 2009. №1. С. 84-85; Грановская, О.Л. Ценностный плюрализм Исайи Берлина // Ценности и смыслы. 2015. №4 (38). С. 17-20; MacCallum, G. Negative and positive freedom // Philosophical Review. 1967. №67(3). P. 312-334; о более поздней дискуссии по поводу негативной и позитивной свободы см.: Reick, R. Freiheit und Pluralismus: Isaiah Berlins zentrale Ideen als Material für die heutige Philosophie. Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, 2016. S. 72-98.

[173] См.: Miram, M., Straßenberger, G. Menschenbilder in Politischen Theorien // Zichy, M. (Hrsg.) Handbuch Menschenbilder. Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2024. S. 327-346.

[174] Среди **сторонников негативной антропологии** часто называют Платона, Макиавелли, Гоббса, Гегеля, Шопенгауэра Ницше, Шмитта и других. Стоит оговориться, что даже насчет перечисленных персоналий, чья негативная антропология вполне очевидна, ведутся споры об обоснованности их отнесения к сторонникам пессимистического образа человека. Например, негативная антропология Гегеля оценивается как более оптимистическая, чем у Шмитта, а в работах Гоббса пытаются увидеть «протолиберальные» элементы, свойственные Просвещению: различие между публичным и частным в вопросе об исповедании веры может рассматриваться в качестве подлинного источника либеральной традиции. Действительно, исторические эпохи едва ли имеют четкие границы, однако, как справедливо отмечается, поддержка Гоббсом абсолютной государственной власти «перевешивает» протолиберальные элементы его учения, выражающиеся в религиозной критике, эмпиризме и отходе от средневекового божественного обоснования государства. См. подробнее: Шмитт К. Указ соч. С. 335-346; Поляков Л.В. Указ. Соч. С. 87; Häberle, P. Das Menschenbild im Verfassungsstaat. Op. cit. S. 40-43; Nix, A. Carl Schmitt und das Arcanum der Macht // Knobloch, J. (Hrsg.) Staat und Geheimnis: der Kampf um die (Un-)Sichtbarkeit der Macht. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2019. S. 93-95; Hilgendorf, E. Aufklärung // Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021. S. 143-145.

[175] См.: Nix, A. Op. cit. S. 95-97.

[176] См.: Michael, L. Op. cit. Rn. 53-55.

[177] См.: Höntzsch, F. Op. cit. S. 7.

признавать их[178]. Неслучайно, что основной представитель этой парадигмы Джон Локк считается отцом не только Просвещения, но и либерализма[179]. Просвещенческий и либеральный оптимизм предполагают высокую степень формализма и нормативности; иное бы не позволило ориентировать эти концепции на будущее.

Политический плюрализм согласуется скорее с позитивной антропологией, ведь он *нормативен*, когда закрепляет общее благо как регулятивную цель, *динамичен* и *открыт*, когда отклоняет априорные представления об общественном развитии и *формален*, когда требует признания гетерогенности и толерантности. Пессимистическому же представлению о человеке свойственно недоверие к плюрализму: *во-первых*, само признание многообразия ценностью с этой точки зрения несет скрытый риск разрушения иерархий вплоть до анархической гражданской войны, *во-вторых*, плюрализм неизбежно связан с деонтологизацией государства и коллектива, в зависимости от поднаправления пусть даже и в разной степени, *в-третьих*, конкуренция формально равноправных плюралистических групп с открытым результатом во имя апостериорного общего блага часто скрывает реальную и неравную борьбу за власть в собственном интересе.

Дружественная политическому плюрализму позитивная антропология формализуется в Основном законе, который носит по справедливой оценке Хеберле *«умеренно оптимистический»* (gedämpft optimistisch) характер[180]; оба несущих конституционных принципа немецкого государства – достоинство человека и демократия – исходят из относительно позитивного образа человека[181]. Хотя «пессимистические» элементы Основного закона и заметны, в особенности распространяемый в плюралистическом государстве и на общественную сферу принцип разделения властей связан с недоверием к наделенному властью человеку, они едва ли бросают тень на образ рядового разумного и

---

[178] См.: Nix, A. Op. cit. S. 95.

[179] К **сторонникам позитивной антропологии** наряду с Локком относят Руссо, Канта и других деятелей эпохи Просвещения, а также Джона Стюарта Милля. Очевидно, что и самого Хеберле с большинством других современных немецких конституционалистов школы Сменда уместно отнести к этому направлению. См.: Nix, A. Op. cit. S. 96; Häberle, P. Das Menschenbild im Verfassungsstaat. Op. cit. S. 40-43.

[180] Автор многократно использует в своем тексте эту оценку. См.: Häberle, P. Verfassungslehre als Kulturwissenschaft. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. S. 87, 169, 301, 624, 884.

[181] **Оптимистические элементы образа человека в Основном законе** представлены, в первую очередь, основными правами, в особенности – коммуникационными свободами. В их основе лежит *идеалистический образ активного гражданина*, выводимый из принципа достоинства человека статьи 1 Основного закона. По оценке Хеберле, именно в отношении свободы выражения мнения, свободы прессы и свободы собрания этот образ прослеживается наиболее ярко. Причину в каком-то смысле «преувеличения» их значения он видит в попытке компенсировать отсутствующие в Основном законе плебисцитарные элементы демократии. Например, ФКС подчеркивает, что свобода выражения мнения является самым непосредственным выражением человеческой личности и одним из самых важных прав человека, имеющим конституирующее значение для свободного демократического государственного порядка; то же справедливо и для свободы собраний (BVerfGE 69, 315 (344-345)). Суд в Карлсруэ также усиливает оптимистический образ гражданина, когда говорит о том, что государство не имеет задачи «улучшать» своих граждан, ради этого оно не имеет права забирать у них свободу, если только они не угрожают себе или другим (BVerfGE 22, 180 (219-220). См.: Häberle, P. Das Menschenbild im Verfassungsstaat. Op. cit. S. 50-51.

зрелого гражданина *homo politicus* или образ среднего участника рынка *homo oeconomicus*[182]. ФКС, в отличие от доктрины, скорее ориентирован на практические нужды, поэтому образ человека в его решениях является более неопределенным и чаще используется для обоснования ограничений, чем их устранения[183]. В целом же *нейтральность, фрагментарность* и *казуистичность* образа человека активный сторонник плюрализма профессор Хеберле преподносит как преимущество и необходимость в плюралистическом немецком государстве[184]. На наш взгляд, однако, здесь хорошо заметно, как политическая школа плюрализма пытается сделать себя неразличимой для фундаментальной бинарной оппозиции «позитивная / негативная антропология» или вовсе «плюрализовать» ее, не в последнюю очередь для того, чтобы иммунизировать себя от критики, которая часто следует со стороны приверженцев негативной антропологии. По нашему мнению, (конституционно-правовая) наука не должна отказываться от задачи редуцировать зачастую мнимую комплексность и получить упрощенную, но принципиально верную общую картину: негативную или позитивную. Вполне возможно, что сам процесс ее поиска поможет выявить массу скрытых противоречий в различных системах политических идей.

С другой стороны, мы отдаем себе отчет, что есть множество сложных случаев, когда в политических концепциях элементы негативной и позитивной антропологий *сближаются* или *переплетаются* и дают результат, отличный от обозначенных выше базовых зависимостей. Например, лежащий в основе республиканизма и коммунитаризма скорее оптимистический образ не мешает сторонникам этих теорий требовать более активного

---

[182] **Пессимистические элементы образа человека в Основном законе** связываются, прежде всего, с разделением властей; чтобы подтвердить этот вывод, Хеберле ссылается на слова Монтескье о присущей обладателю власти склонности злоупотреблять ею. При этом принцип разделения властей приобретает в немецком плюралистическом государстве значение, выходящее за рамки строго государственной сферы: и общественную, и экономическую власть тоже следует «разделять» во избежание злоупотреблений. Примечательно, что при такой оптике *гарантирование плюрализма в коммуникационной сфере* видится одним из проявлений принципа разделения властей в общественной сфере. Среди других пессимистических элементов упоминаются временные ограничения осуществления власти или возможность запрета политических партий. См.: Häberle, P. Das Menschenbild im Verfassungsstaat. Op. cit. S. 44-45.

[183] См.: Häberle, P. Das Menschenbild im Verfassungsstaat. Op. cit. S. 48. В литературе отмечается, что предпринятые ФКС разнонаправленные конкретизации образа человека не образуют единую и четкую картину; баланс между индивидуальной свободой человека и его связью с коллективом устанавливается судом применительно к конкретному случаю. Предельно размытой эта картина оставалась с самого начала деятельности ФКС, когда в одном из ранних решений суд отметил, что образ человека Основного закона не является представлением об изолированном суверенном индивиде, «скорее Основной закон решил противоречие между индивидом и коллективом в смысле его ориентации и связи с обществом, не затрагивая при этом внутреннюю ценность личности». Последующие решения сохраняли эту стратегически необходимую для ФКС неопределенность. См.: Becker, U. Das “Menschenbild des Grundgesetzes” in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Berlin: Duncker und Humblot, 1996. S. 43-46; BVerfGE 4, 7 (15).

[184] С существованием единого, *тотального* образа человека Хеберле связывает недемократические режимы, злоупотребляющие предрасположенностью категории образа человека к излишней идеологизации. Плюралистическое же государство обладает *рамочным* образом человека, который наполняется содержанием в зависимости от соотношения сил в «открытом обществе конституционных интерпретаторов». Поэтому исследователь призывает говорить о присущих Основному закону *образах человека* только во множественном числе. В других частях работы, однако, ученый не отрицает, что Основному закону присущ оптимистический взгляд на человека. Häberle, P. Das Menschenbild im Verfassungsstaat. Op. cit. S. 62-63.

политического воспитания человека: не отдавать его на откуп произвольной игре плюралистических сил, а гарантировать позитивное измерение свободы[185]; в более мягкой форме похожее предлагает делиберативная демократия Хабермаса, презентуемая им в качестве соединения либеральной и республиканской моделей демократии, позволяющего преодолеть недостатки обеих[186], а также ряд примыкающих к ней современных политических теорий[187]. Относимый к республиканцам, мыслящий в оптимистической парадигме Руссо тем не менее вызывает у плюралистов не меньший страх, чем Гоббс; тому виной его абсолютистское понимание демократии, априорное видение общего блага и представление о суверенном народе как гомогенном образовании[188]. В этих случаях исследователь может сделать окончательное суждение, ориентируясь на то, какая антропология перевешивает в решении системных, фундаментальных вопросов: в случае с современными республиканскими и близкими к ним теориями это, безусловно, оптимистический образ человека[189].

Задача определения лежащего в основе политических теорий образа человека становится еще более сложной, если принять во внимание, что антропология может содержаться в них не только *эксплицитно*, но и *имплицитно*. Более того, эти два слоя интерпретации могут существовать в рамках одной теории одновременно и даже

---

[185] См.: Miram, M., Straßenberger, G. Op. cit. S. 339.

[186] **Делиберативная демократия** убедительно критикуется в литературе за этот тезис Хабермаса о синтезе либеральной и республиканской моделей. *Во-первых*, отмечается, что философ неверно воспринимает республиканскую модель демократии, игнорируя множество ее классических признаков. Например, его модель не учитывает элитарный аспект республиканизма, из-за своей претензии на универсализм она также игнорирует связь республиканской формы с небольшой территорией, а присущий республиканцам патриотизм Хабермас редуцирует до «конституционного патриотизма». Кроме того, идея народного суверенитета представляется вовсе несовместимой с делиберативной демократией, где коллективный субъект подменяется дискурсивным процессом. *Во-вторых*, делиберативная модель формулирует сильно завышенные, оптимистические ожидания от консенсуса и рациональности дискурса – будто бы его участники стремятся лишь предоставить лучший аргумент в споре, в то же время она не учитывает додискурсивные предпосылки, политическую практику и интересы акторов. Иными словами, делиберативная демократия достаточно грубо искажает соотношение слова и дела в пользу первого: в ней больше говорят, потому что могут меньше сделать. Как верно отмечается, в делиберативной демократии само говорение и становится властью, что придает излишнюю значимость общественному мнению, но не приближает к ответу на вопрос, как обсуждения приведут к действиям. Поэтому с антропологической перспективы теорию Хабермаса следует считать однозначно основанной на оптимистическом образе человека, республиканские элементы в ней скорее служат декоративным целям. См.: Ottmann, H. Liberale, republikanische, deliberative Demokratie // Synthesis philosophica. 2006. №2. S. 315-325.

[187] **Радикальная плюралистическая демократия** в интерпретации Шанталь Муфф на первый взгляд обладает смешанной антропологией, особенно когда ее автор, обращаясь к трудам Фрейда и Канетти, подчеркивает равнозначность амбивалентных человеческих инстинктов – стремления к индивидуальности и желания «раствориться» в массе. При глубоком рассмотрении, однако, становится понятно, что в основе теории Муфф лежит оптимистический образ человека, парадоксально близкий Хабермасу, которого она критикует. На это указывают ее завышенные ожидания от дискурса и стремление «растворить» в нем субъект, который, по ее мнению, создается и познаваем лишь в дискурсе. См.: Miram, M., Straßenberger, G. Op. cit. S. 343; о явной преувеличенности контраста между теориями Муфф и Хабермаса см. также: Khan, G. Critical republicanism: Jürgen Habermas and Chantal Mouffe // Contemporary Political Theory. 2012. №12. P. 318–337.

[188] См.: Ooyen, R van. Neo-Pluralismus als „Anti-Anti-Pluralismus“: Die Bedeutung von Kelsen und Schmitt für die politische Theorie von Fraenkel // Ooyen, R van. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. 2. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2017. S. 132-140.

[189] Это подтверждается и тем обстоятельством, что республиканцы и близкие им коммунитаристы не используют антропологию Макиавелли, а обращаются к этике добродетелей Аристотеля или интеллектуальному наследию Ханны Арендт. См.: Miram, M., Straßenberger, G. Op. cit. S. 339-340.

конфликтовать друг с другом. Попробуем прояснить это на трех примерах, связанных с плюрализмом. Так, радикальный плюралист и нормативист Ганс Кельзен выводит свою демократическую теорию, на первый взгляд, из негативной антропологии, когда почти как Ницше говорит о «реалистическом» понимании власти[190]. Этот эксплицитно пессимистический образ человека дает ученому основание для признания неустранимого конфликта интересов, что, в свою очередь, служит аргументом для сведения государства к исключительно правовому порядку, то есть его деонтологизации[191]. Поскольку необходимость плюрализма крайне редко выводится из негативной антропологии, такой ход позволяет Кельзену «перехватить» аргументацию у Шмитта, обосновывающего свою враждебность плюрализму внутри государства при помощи пессимистического образа человека. Но действительно ли кельзеновская антропология является негативной? При более глубоком рассмотрении оказывается, что нет; один из немецких специалистов по его работам отмечает: «*Кельзен из необходимости "злой" природы человека делает добродетель*: поэтому эгоистическое стремление к власти вовсе не предмет для жалоб, напротив, одно только оно как анархический инстинкт против господства является выражением и гарантом индивидуальной свободы и автономии»[192]. Действительно, оптимистический образ человека у Кельзена талантливо скрыт, но его выдает еще и вера в конституцию как формальное средство рационализации политики путем балансирования процесса борьбы за власть плюралистических интересов[193].

На ум приходит и обратный пример, когда эксплицитно позитивная антропология скрывает пессимистический образ человека. Британский теоретик и практик плюрализма, член Фабианского общества Гарольд Ласки, выступая за экстремальное распыление суверенитета между общественными группами, среди которых государство ставилось им в один ряд с церковью или профсоюзом, обозначал плюрализм как индивидуалистическую доктрину в либерально-оптимистическом духе; нюанс, однако, заключается в том, что Ласки понимал плюрализм не как самоцель, но как *средство* для достижения бесклассового общества при ликвидации государства[194]. Принятие им позитивной антропологии было

---

[190] Кельзен, критикуя марксизм, обращает внимание, что устранение экономической эксплуатации не приведет к прекращению злоупотребления людьми своей властью. «Это воля к власти, неистребимый инстинкт человека властвовать над другими […], самоутверждаться против других, за счет других […]». Иными словами, по мнению Кельзена, стремление захватить собственность является не следствием капитализма, а его предпосылкой. См.: Kelsen, H. Die politische Theorie des Sozialismus // Osterreichische Rundschau, 1923. S. 129. Цит. по: Ooyen, R van. Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2020. S. 73.

[191] Ibid. S. 74.

[192] Ibid. S. 274.

[193] Отмечается, что вера Кельзена в человеческий прогресс проступает здесь особенно ярко и даже имеет утопический характер. Таким образом, «реалистическая» критика идеологии со стороны Кельзена сама подвергается подозрению в идеологизированности. См.: Ooyen, R van. Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie. Op. cit. S. 272.

[194] Иными словами, *плюрализм*, по мнению Ласки, достигается лишь в *монистическом* обществе. Аргументация Ласки часто служит для немецких исследователей примером политической гибкости, парадоксальности и

ситуативно обусловлено достижением этой политической задачи; в то же время проект постнационального мира, который стремились реализовать Ласки и другие фабианцы, вполне однозначно основывается на негативной антропологии, в чем можно убедиться, обратившись, например, к футурологическим измышлениям другого знаменитого члена Фабианского общества Бертрана Рассела[195]. Иными словами, Ласки доводит свою плюралистическую теорию до абсурда не ради романтического анархизма, а чтобы затем превратить ее в свою противоположность, то есть обосновать тоталитаризм. Похожие суждения делает Карл Шмитт, критикуя стремление Ласки *выдать универсалистские представления за плюралистические*: в логике первого появление на исторической сцене национальных государств было направлено против монистических амбиций церкви и всемирной монархии, поэтому стремление упразднить их должно рассматриваться как действие, враждебное плюрализму[196]. Представляется, что и другие немецкие исследователи вполне успешно распознали несоответствие между видимым и скрытым образом человека у Ласки, поэтому в Германии его теория подверглась критике, в основном, из-за слишком сильной антигосударственной интенции[197].

Наконец, под подозрение в использовании двойной антропологии попадает и Карл Шмитт, один из самых известных немецких антиплюралистов. Знаменитый юрист последовательно использует негативную антропологию для критики плюрализма *внутри* государства, но на межнациональном уровне он удивительным образом становится его сторонником. Этот парадокс удачно подметила Шанталь Муфф[198]; на него обращают внимание и российские исследователи[199]. Не скрывается ли за идеей плюриверсума

конъюнктурности. Поскольку он был политиком, его теория «следовала» за политическими интересами: когда лейбористская партия, активным деятелем которой являлся Ласки, пришла к власти в Британии в 1945 году, пропагандируемое им радикальное распыление суверенитета и ликвидация государства потеряли в актуальности, и он от них отказался. См: Steffani, W. Op. cit. S. 59-60.

[195] См.: Рассел, Б. Воздействие науки на общество. / пер. с англ. В. Онышко. Москва, Издательство иностранной литературы, 1952; Fess, P. Revolution von oben: Die Fabian Society und die Ideen hinter der großen Transformation. Telepolis. URL: https://www.telepolis.de/features/Revolution-von-oben-Die-Fabian-Society-und-die-Ideen-hinter-der-grossen-Transformation-9314858.html (accessed: 01.11.2023).

[196] См.: Schmitt, C. Staatsethik und pluralistischer Staat // Kant-Studien, 35. 1930. S. S. 37-38.

[197] Ласки оценивается скорее как разрушитель государства и государственного права, ведь его плюралистическая концепция весьма вероятно приведет к гражданской войне между различными общественными группами. См: Steffani, W. Op. cit. S. 59-60.

[198] Как указывает Муфф, «согласно Шмитту, единственно возможным законным плюрализмом является плюрализм государств. Отвергая либеральную идею мирового государства, он утверждает, что политический мир – это «плюриверсум», а не «универсум». На его взгляд, «политическое единство по своему существу не может быть универсальным, охватывающим все человечество и весь мир единством»». См.: Муфф, Ш. Карл Шмитт и парадокс либеральной демократии / пер. с англ. А. Смирнова. // Логос. 2004. №6(45). С. 150. Разумеется, предпринятая со стороны Муфф попытка представить Шмитта сторонником плюрализма не осталась без критики, на часть которой она отвечает в указанной статье; ее оригинальный посыл обернуть идеи Шмитта против него самого находит свои границы в правилах академической дискуссии, не допускающих попытки манипуляции. На наш взгляд, однако, исследователю удалось остаться в научных пределах и подсветить несогласованность в суждениях своего знаменитого оппонента, которую можно передать так: почему плюрализм партий *разрушает* государственное единство, а плюрализм государств *поддерживает* существование равновесной и справедливой международной системы?

[199] Российский конституционалист Вячеслав Кондуров тоже замечает это противоречие, однако, оправдывает его, прибегая к воспроизведению шмиттовской аргументации об опасностях основанной на универсализме

государств и больших пространств – панрегионов оптимистическое и вполне универсалистское представление о том, что управляющие ими люди смогут каким-то образом уравновесить международную систему? Насколько глубоко обосновано одновременное отрицание плюрализма внутри государства и его признание в межгосударственных отношениях? Это противоречие может быть разрешено, если признать причины образования плюралистических групп внутри государства *искусственными*, а политическое единство государства – фактом, обусловленным *естественными* причинами[200]. Но не является ли само государство красивым очагом, нарисованным на куске старого холста; не нуждается ли и оно в политическом конструировании? Очевидно, что Шмитт идеализирует модель национального государства, в которую особенно Германия может быть «встроена» с большим трудом[201], и здесь противоречия в его аргументации становятся хорошо заметными[202]. Иными словами, известное выражение Шмитта с критикой политической универсализации и инструментализации прав человека «Кто говорит «человечество», тот хочет обмануть»[203] было бы справедливо и в измененном виде «Кто говорит «государство» или «народ», тот *может* обмануть». Сегодня эти вопросы актуальны как никогда, ведь при всех мыслимых различиях невозможно упустить из виду

дискриминационной войны на уничтожение, разрушающей остатки Вестфальского порядка. Эти доводы убеждают нас в недостатках либерального универсализма, но они не объясняют, почему государство онтологизируется в ущерб всем остальным формам политического объединения людей, хотя образующий его народ в существенной части является продуктом политического конструирования. Каково соотношение «естественной» и «сконструированной» частей в конкретной национальной идентичности – другой интересный вопрос, но подобный подход, как минимум, позволяет подозревать, что роль государства Шмиттом и его апологетами преувеличивается и весьма существенно. См.: Кондуров, В.Е. Политическая теология Карла Шмитта: теоретико-правовое исследование: дис. на соискание ученой степени канд. юрид. Наук 5.1.1. / Кондуров В.Е. СПб., 2021. С. 165-166.

[200] В этом смысле Шмитт поддерживает *естественный плюрализм*, подлинными носителями которого, по его мнению, являются национальные государства. В то же время *искусственный плюрализм*, основанный на универсалистских категориях Бога, мира и человечества, в действительности скрывает уничтожение естественного единства в интересах завоевания власти ограниченной группой людей, то есть является инструментом на службе империализма. См.: Schmitt, C. Staatsethik und pluralistischer Staat. Op. cit. S. 39-40.

[201] См.: Mehring, R. Carl Schmitt: Denker im Widerstreit: Werk - Wirkung - Aktualität. Freiburg im Breisgau; München: Verlag Karl Alber, 2017. S. 393.

[202] Муфф отмечает, что Шмитт, критикуя плюрализм, считает политические и социальные идентичности *эмпирическими данностями*, и это образует основу противоречия: если распад государства из-за плюрализма существует как политическая возможность, то из этого также следует, что существование единства случайно и нуждается в политическом оформлении. См.: Муфф, Ш. Указ. соч. С. 152. Комментируя размышления Муфф, российский исследователь Никита Савин воспроизводит дальнейший ход мысли: при такой трактовке политическое единство является лишь артикуляцией гегемонии, под которой понимается «монополизация тотальности некоей партикулярной социальной силой, которой эта тотальность в действительности не исчерпывается». Затем Савин подмечает важный момент: «если за единством народа нет ничего, кроме гегемонистских артикуляционных практик, обеспечивающих его иллюзию, то социальный плюрализм становится не угрозой для его существования, но необходимым условием», ведь гегемония процветает лишь в условиях противостоящего ей многообразия социальных практик. См.: Савин, Никита. Порывая с Карлом Шмиттом: понятие политического в теории агонистического плюрализма // Логос. 2015. №6 (108). С. 169-170.

[203] **«Wer Menschheit sagt, will betrügen».** В литературе при этом отмечается, что в первую очередь Шмитт подвергает критике политическое злоупотребление правами человека и лишь во вторую – содержание идеи прав человека. В этом первом измерении, как отмечается, его рассуждения могут быть конструктивно восприняты современной наукой. В то же время рецепция критики Шмиттом прав человека имеет скорее подчиненное значение, хотя некоторые из его предостережений об опасности правочеловеческого и культурного империализма были восприняты, например, Хабермасом. См. подробнее, цит. по: Llanque, M. Carl Schmitt // Pollmann, A., Lohmann, G. (Hrsg.) Menschenrechte: ein interdisziplinäres Handbuch. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2012. S. 76-78.

сходство набравшей силу концепции многополярного мира со шмиттеанскими представлениями о справедливых международных отношениях[204].

Все же в конституционно-правовой, да и в политической науке глубокий анализ эксплицитной и имплицитной антропологий является редкостью, как представляется, по двум причинам. Во-первых, эта работа кратно увеличивает общую трудоемкость при написании научных текстов; она заставляет исследователя выйти за пределы предлагаемой ему внутренней согласованности анализируемой работы. Во-вторых, поиск имплицитной антропологии связан с риском каузальной атрибуции, то есть приписывания причин выводов ученого. Представляется, что необходимый для академического исследования уровень доказательности здесь может быть восполнен научной дискуссией, обращением к установленным фактам, исторической контекстуализацией. В нашем представлении три приведенных примера удовлетворяют этим требованиям. Они лишь подтверждают *базовую корреляцию* между явной или скрытой позитивной антропологией и плюрализмом, в то время как эксплицитно негативная антропология не согласуется с плюрализмом[205]. Отношение же между имплицитно негативной антропологией и плюрализмом более сложное: как показал пример Ласки, идея плюрализма может быть инструментализована для достижения выводимых из пессимистического образа человека политических целей.

Наконец, встает вопрос об антропологической установке настоящей работы. Очевидно, что тип правопонимания и реалистическая парадигма, принятые по итогам размышлений §1.1. для исследования коммуникационной сферы, хорошо согласуются с негативной антропологией. Но доводить образ человека до *глубокого пессимизма*,

---

[204] См., например о восприятии идей Шмитта в контексте теории многополярного мира: Дугин А. Г. Теория многополярного мира. М.: Евразийское движение, 2013. С. 479-494. Многополярный мировой порядок, являясь по Шмитту предпочтительным сценарием развития международных отношений в отличие от англосаксонского либерального империализма, предполагает плюрализм относительно гомогенных внутри больших пространств, который, однако, ученый не описывает в деталях. Бенно Тешке достраивает эту модель так: «децизионистский авторитаризм, внутриимперская иерархия и анархия в отношениях между «большими пространствами», модифицируемые уравновешиванием». Если принять во внимание сходство данной концепции Шмитта с теоретическими выкладками о жизненном пространстве (Lebensraum) времен господства национал-социализма, то, как указывает Тешке, актуализируется вопрос о построении многополярного мира с иными характеристиками. См.: Тешке, Б. Решения и нерешительность. Политические и интеллектуальные прочтения Карла Шмитта // Философско-литературный журнал «Логос». 2012. №5 (89). С. 35-38. В любом случае, разработанный Шмиттом инструментарий полезен и крайне актуален *для анализа* мировой политики современности: в своих ранних работах ученый дает достаточный материал, чтобы реконструировать его критическое отношение к европейской интеграции без необходимой демократической легитимации ЕС, ослабленной политической роли на континенте современной ФРГ и даже противостоянию некоторых европейских государств с Россией. В последнем случае немецкий политический исследователь Райнхард Меринг (Reinhard Mehring), дискутируя о возможных взглядах Шмитта на современные события, предостерегает от политической инструментализации прав человека в геополитическом конфликте с Москвой, которая имела бы последствием их катастрофическую делигитимизацию, прежде всего, в самой Европе. См.: Mehring, R. Carl Schmitt: Denker im Widerstreit: Werk - Wirkung - Aktualität. Op. cit. S. 394-406.

[205] В этом же направлении высказывается профессор Андреас Фосскуле, описывая «образ человека плюрализма» (Menschenbild des Pluralismus); он отмечает, что плюрализм основывается на *оптимистическом доверии* к тому, что государство в силах предоставить гетерогенным силам пространство для свободного развития, в то время как антиплюралисты исходят из *пессимистического предположения*, что государство должно действовать против отклоняющихся течений и мнений. См.: Voßkuhle, A. Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus. // Der Staat. 2011. №50(2). S. 263-264.

свойственного, например, взглядам Зигмунда Фрейда или Гарольда Лассуэлла, было бы неверно: *во-первых*, историю развития технологий управления общественным мнением можно метафорично представить как битву меча и щита, где щит – способность человека противостоять манипуляциям[206], *во-вторых*, низведение человека до беспомощного, пассивного и ведомого инстинктами существа в рамках однонаправленной модели массовой коммуникации не согласуется с тем, что управление массовой коммуникацией также осуществляется людьми и является весьма рациональным политическим процессом, требующим немалого напряжения интеллектуальных сил. Таким образом, если *усредненная, массовая* антропология действительно является негативной, то образ *отдельного человека или коллектива*, обладающих знаниями и ресурсами в области коммуникации, может быть умеренно оптимистическим.

2. Проекция дихотомии позитивной и негативной антропологий на область общественных отношений, изучаемых государственным правом, ведет к соотношению между *конституционализмом* и *этатизмом*. Конституционализм предполагает мышление от конституции (Denken von der Verfassung her), то есть определенный набор мыслительных схем-паттернов, ставящих в центр практики и научного познания идею юридической конституции как нормативного порядка, утверждающей базовую ценность автономии личности. Это влечет за собой многочленную цепь последствий, важнейшим из которых является отказ от дуализма государства и общества, что, в свою очередь, делает именно *плюрализм* и отражающее его в коммуникационной сфере *общественное мнение* главным фактором (или, как упоминалось выше, conditio sine qua non современной демократии), сдерживающим *тотальную конституционализацию* – урегулирование конституцией любых общественных отношений на всю их глубину[207]. Тот же, кто в коллективистско-этатистской

---

[206] **Современные исследователи персуазивности в контексте медиаэффектов,** стремящиеся объяснить влияние медиаконтента на убеждения и ценности человека, подтверждают эту точку зрения. Манипулятивный потенциал медиа может существенно сокращаться в случаях *когнитивного диссонанса*, когда мотив поддержания согласованности убеждений препятствует принятию информации, противоречащей собственным познаниям, а также *реактивного сопротивления* или *реактантности*, когда попытка убеждения квалифицируется индивидом как навязываемое ограничение его свободы выбора, на основании чего возникает мотивация получить доступ к альтернативной информации для восстановления утраченной свободы. Последствиями реактивного сопротивления могут быть как усиление существующего у индивида убеждения, так и образование убеждения, противоположного навязываемому, или даже возникновение агрессии против источника влияния. Таким образом, в ходе *медиасоциализации* человек постоянно учится распознавать агентов влияния на его убеждения, их умысел и стратегии, а также противостоять этому влиянию. См. подробнее: Wirth, W., Kühne, R. Grundlagen der Persuasionsforschung. Konzepte, Theorien und zentrale Einflussfaktoren // Schweiger, W., Fahr, A. (Hrsg.) Handbuch Medienwirkungsforschung. Wiesbaden: Springer VS, 2013. S. 321-323.

[207] **Мышление от конституции,** таким образом, тесно связано с плюралистической теорией, согласно которой разнонаправленность интересов общественных групп, чей компромисс предпосылает государство, гарантирует, что конституция будет определять лишь базовые правила игры, принимаемые большинством участников. На этом основании попробуем очертить основные признаки мышления от конституции. *Во-первых*, при господстве правового позитивизма в духе Кельзена государство редуцируется до правового порядка, что корреспондирует радикальному плюрализму; умеренный правовой позитивизм и даже антипозитивизм также могут способствовать конституционному мышлению с помощью конституционной политологии, наделяющей субъектностью отличные от государства социальные образования и релятивирующей его значение. *Во-вторых,* в результате деонтологизации государства и отказа от

парадигме мыслит от государства, вынужден признать и отграничиваемое от него общество с относительно автономными сферами, защищенными основными правами от государственного вмешательства. Признаваемый здесь дуализм государства и общества служит силой, которая препятствует *тотальному огосударствлению* всех сфер общественной жизни, из чего выводится и ряд других следствий[208].

Через эти категории образы человека, с одной стороны, приобретают более строгие конституционно-правовые очертания и обрастают множеством мелких деталей, с другой стороны, взаимоотношения между ними усложняются: они могут как взаимно релятивировать, так и усиливать друг друга в рамках объединяющей их категории *конституционного государства* (Verfassungsstaat)[209], что, однако, не снижает значимость

категории государственного суверенитета конституционные принципы приобретают материальный характер как выражение суверенитета конституции и рассматриваются в качестве элементов ценностного порядка. *В-третьих,* судебный конституционный контроль, из-за отсутствия достаточной легитимации выступая не самостоятельно, а скорее как модератор в открытом обществе конституционных интерпретаторов становится основным гарантом реализации конституционных ценностей. *В-четвертых,* основные права, понимаемые как ценности и подвергаемые экстенсивной интерпретации при помощи разнообразных методов, обеспечивающих ее высокую динамику (например, телеологическое, конституционно-конформное толкование, принципы взвешивания, практической гармонии, соразмерности и другие), становятся основой ценностного порядка и выступают драйвером, стирающим последствия господствовавшего ранее дуализма государства и общества в ходе конституционализации как административного, так и частного права (например, посредством горизонтального эффекта основных прав). *В-пятых*, правовая система понимается как система конституционных принципов-ценностей, но не правил; нормативное значение такие принципы приобретают с учетом особенностей каждого конкретного случая, в том числе и внеправовых, что несет риск потери автономии права по отношению к морали. Мышление от конституции часто связывается с *вестернизацией* немецкой правовой системы. См.: Michael, L. Op. cit. Rn. 1-61; Reese, B. Die Verfassung des Grundgesetzes: Rahmen- und Werteordnung im Lichte der Gefährdungen durch Macht und Moral. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. S. 255-262; Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. S. 71-91.

[208] **Мышление от государства,** следовательно, допускает плюрализм, но относится к нему с недоверием и предполагает если его не подчиненное, то ограниченное положение. Мышление от государства, *во-первых*, строится на основе «реальности», а не нормативности для усиления государства как фактически существующего объединения. Поскольку на современном этапе правовой позитивизм в духе Гербера и Лабанда во многом утратил свою убедительную силу, этатистская парадигма, как правило, ориентирована на юридический антипозитивизм (что, разумеется, не исключает применение социологического позитивизма в поддержку этатистского мышления). *Во-вторых*, обладающее суверенитетом государство предпосылает рамочный правовой порядок, устанавливая границы политически возможного; к происходящему внутри них оно относится по общему правилу нейтрально. *В-третьих*, в зависимости от степени этатизма основным гарантом рамочного правового порядка признается или демократически сформированный парламент, обладающий значительными полномочиями в законодательной сфере, или избранный президент. *В-четвертых*, понимаемые как негативные компетенционные нормы основные права обеспечивают государственное невмешательство в автономные общественные сферы; при этом они обладают ограниченной сферой защиты, в рамках отрасли конституционного права интерпретируются узко и с формально-логической точки зрения более строго, что ведет к конституционно-правовой «слепоте» к властным структурам в общественной сфере. *В-пятых*, правовая система понимается как система не принципов, но правил, применяемых дедуктивно в результате традиционного для Германии процесса субсумции (Subsumtion). См.: Michael, L. Op. cit. Rn. 1-61; Reese, B. Op. cit. S. 255-262.

[209] **Взаимное дополнение или усиление** конституционализма и этатизма, в отличие от многочисленных случаев их ослабления, заслуживает небольшой иллюстрации. В немецкой литературе практические примеры подобного взаимодействия часто связываются с конституционно-правовым осмыслением *европейской интеграции*. Так, ФКС весьма последовательно, на протяжении десятилетий, использует «национально-либеральный этатизм», который критики, желая подчеркнуть его близкий к религиозному характер, обозначают как *«учение о Троице» (Trinitätslehre) – государстве, суверенитете и народе,* для противостояния попыткам федерализации Европейского союза в постнациональном ключе. Аргументация суда строится на категориях *онтологизированного государства*, предпосылающего право, легитимирующего собственную государственную власть в силу демократического принципа *гомогенного немецкого, но не европейского народа*, а также *суверенитета*, подразумевающего принципиально непередаваемые на европейский уровень государственные полномочия, принадлежащие к ядру Основного закона. При этом суд, выступающий институциональным отражением идеалов конституционализма, действует как гарант *конституции*. Впрочем, евроскептическая линия ФКС, несмотря на ее колеблющееся усиление, до решения по делу

этого разделения: смена перспективы мышления от государства или от конституции позволяет помещать одни и те же подходы в различный контекст, открывая новые стороны их влияния на науку и практику[210]. Так, известнейшее решение ФКС по делу Люта, посвященное коммуникационным свободам, может восприниматься не только как веха на пути к конституционализму, но и как шаг в сторону усиления государства[211].

Для Германии *мышление от государства* и *мышление от конституции* – два фундаментальных структурирующих измерения конституционного права, обеспечивающих преемственность исторических форм немецкого государства и научных эпох[212]. Традиция

Европейского центрального банка (BVerfGE 154, 17) не приводила к соответствующим результатам, поэтому мнение об однозначно антиплюралистической ориентации ФКС представляется неубедительным. См.: Ooyen, R van. Die Staats- und Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts und sein Unverständnis für die transnationale Europäische Union // Lehnert, D. (Hrsg.) Transnationale Demokratisierung in Europa. Von den Anfängen bis in die Gegenwart. Berlin: Metropol, 2023. S. 369-393; Ooyen, R van. Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa: von Solange über Maastricht und Lissabon zur EU-Grundrechtecharta und EZB. 9. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2022. S. 200-206.

[210] См.: Michael, L. Op. cit. Rn. 3.

[211] **Дело Люта**, с одной стороны, за распространение действия основных прав на властные отношения без участия государства принято считать усилением конституционализма, который повлек за собой соразмерное расширение и предмета конституционного права как науки. С другой стороны, в литературе приводятся интересные размышления и о том, что *в зависимости от перспективы* данное решение ФКС можно рассматривать и как укрепляющее позиции государства. *Во-первых*, уже при конструировании горизонтального эффекта основных прав для решения вопроса о его активации и степени воздействия суд привлекал критерий сравнимости частных лиц с государством. *Во-вторых*, и это особенно релевантно для коммуникационной сферы – общественного вещания и прессы, ФКС рассматривает не только ограничение власти частных лиц при помощи конструкции горизонтального эффекта основных прав, но и открывает возможности для наделения их дополнительными полномочиями (например, публичная функция прессы), что означает распространение этатистской парадигмы на общественную сферу. *В-третьих,* если учитывать исторический контекст принятия этого решения, в особенности более радикальные предложения Федерального суда Германии по трудовым делам о непосредственном действии основных прав в частном праве, то дело Люта, подтверждающее опосредованное действие основных прав между частными лицами, следует рассматривать как компромисс именно в пользу государства. Поскольку опосредованное действие основных прав на частных лиц является весьма неопределенной, компромиссной категорией, для решения вопроса о его активации необходимо постоянное участие государства, которое получает таким путем возможность более тонко регулировать общественную сферу. *В-четвертых*, помещение опосредованного горизонтального эффекта основных прав в ценностный, а не естественно-правовой контекст также может служить усилению позиций государства, поскольку ценности нуждаются в постоянной актуализации и балансировании. См.: Michael, L. Op. cit. Rn. 40-42, 73-75.

[212] **Контекстуализация периода господства национал-социализма**, однако, вызывает сложности. Многое говорит о том, что в это время немецкая государственно-правовая традиция была *прервана*: исчезновение привычных для государственного права форм и дихотомий, сомнение даже в категории государства и отрицание этатизма кайзеровской эпохи затрудняют встраивание нацистского режима в привычные парадигмы. Поэтому в науке он часто характеризуется как не являющийся ни диктатурой, ни чрезвычайным положением *беспрецедентный* вид господства, который после закона о чрезвычайных полномочиях 1933 года не имел точек соприкосновения с Веймарским правовым порядком. Таким образом, мышление от государства в совокупности со скепсисом к плюрализму по умолчанию не отождествляется с нацистами и потому необязательно ведет к тоталитаризму. С другой стороны, гитлеровский период *остается важной частью немецкой конституционно-правовой истории* хотя бы в силу его влияния на Основной закон, который интерпретировался как контрпроект (Gegenentwurf) именно по отношению к бесчинствам национал-социализма, а не к Веймарской республике, конституцию которой в ранние послевоенные годы ошибочно обвиняли в неудачах этого государства, игнорируя их внеконституционные причины. Кроме того, *антиплюралистические* паттерны консервативно-национального мышления от государства в прусских традициях использовались национал-социалистами для убеждения элит в своей правоте; скомпрометированные поддержкой режима ученые Карл Шмитт, Эрнст Форстхофф, Эрнст Рудольф Хубер и ряд других были противниками плюрализма властей, партий и, разумеется, плюрализма мнений. В этом смысле невозможно отрицать, что негативной антропологии, мышлению от государства и скепсису по отношению к плюрализму в большей степени свойственен риск диктатуры, который *может* реализоваться при определенных условиях. Однако было бы упрощением считать национал-социализм *частным случаем* этатистского мышления, как на это указывает профессор фон Богданди; эта попытка *скомпрометировать* государственное мышление посредством отсылки к гитлеровской эпохе, по нашему мнению, является риторическим приемом, направленным лишь на убеждение в правильности проекта европейской интеграции сегодняшнего Брюсселя в постнациональном ключе, что недопустимым образом девальвирует трагическое значение совершенных национал-социализмом преступлений. См.:

немецкого государственного права формируется в XIX веке под влиянием борьбы за государственное единство и централизованный правовой порядок, обусловившей ключевую роль этатизма и находящегося под его влиянием позитивизма в духе Гербера и Лабанда[213]. Конституционализм как часть немецкой правовой традиции в этот период находится в тени, хотя и отрицать его постепенное, иногда прерывистое усиление невозможно; все же в отличие от американского или французского пути, где в результате революционных событий был обоснован суверенитет народа, в Германии конституционализация происходила в форме (само)ограничения отождествляемой с государством монархической исполнительной власти посредством конструкции правового государства[214]. В республиканский период, когда Конституция 1919 года в полном объеме утверждает принцип народного суверенитета, завершая долгий период конституционных компромиссов между монархией и парламентской демократией, а наука пытается компенсировать политическую неопределенность и государственный дисконтинуитет, связанная с конституционализмом и этатизмом дискуссия переживает небывалый расцвет и поляризацию; именно в ее рамках разворачивается известный спор о позитивизме. Озвученные в Веймарский период фундаментальные позиции продолжают рефлексироваться немецкой конституционно-правовой наукой и на послевоенном этапе: сначала в рамках научных школ, затем все более казуистично применительно к конкретным практическим вопросам; особенно плодотворно это происходит в современных контекстах европеизации и глобализации,

---

Barczak, T. §4 Geschichtliche Grundlagen deutscher Verfassungsstaatlichkeit // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 107-114, 117-122; Eisenhardt, U., Amend-Traut, A. Deutsche Rechtsgeschichte: die Entwicklung einer Rechtsordnung in Europa. 8. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. S. 446-451; Möllers, C. Staatstheorie: Grundzüge ihrer rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland // TranState working papers. 2007. №63. S. 9-11; Bogdandy, A. von. Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft. 1. Aufl. Berlin: Suhrkamp, 2022. S. 29-30.

[213] **Этатистский, антилиберальный, антипарламентаристский и антиплюралистический характер** немецкого государственно-правового мышления XIX века подчеркивается в литературе. Правовой позитивизм распространяется после поражения Мартовской революции 1848-1849 годов и становится всеобщим к рубежу столетий; под его влиянием государственно-правовые дискуссии деполитизируются и приобретают специально-научный характер, дистанцируясь от исторических, политических или естественно-правовых контекстов. Он вытесняет общее учение о государстве (Allgemeine Staatslehre) как жанр, объединяющий наряду с правовым также историческое, социальное и политическое измерения государства, который оставался распространенным в предреволюционный период (Vormärz). Кажущаяся нейтральность позитивизма позже становится предметом критики как хорошо замаскированная стратегия политической легитимации монархического централизма, дающая нужные ему научные результаты. Кризис этого подхода стал заметен в начале XX века, когда Георг Еллинек в своем учение о государстве пытается связать парадигму Лабанда с ориентированной социологически «нормативной силой фактического». См.: Möllers, C. Staatstheorie: Grundzüge ihrer rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. S. 3-5; Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 29-33; Barczak, T. Op. cit. Rn. 76; Michael, L. Op. cit. Rn. 11-12.

[214] Профессор Кристоф Мёллерс (Christoph Möllers) подчеркивает, что для немецкой концепции государства эта особенность имела решающее значение: в то время как государство большинство представителей государственно-правовой мысли XIX столетия отождествляли с монархией, парламент понимался ими не как его часть, но как общественное представительство. В этом разделении на государство и общество отражались представления, с одной стороны, о рациональной и компетентной государственной администрации, и, с другой стороны, о хаотической и иррациональной массовой мобилизации для целей парламентской политики. См.: Möllers, C. Staatstheorie: Grundzüge ihrer rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. S. 2-3.

демонстрирующих, что «конец истории» этатистского мышления был провозглашен слишком поспешно. Проблемы суверенитета и легитимности здесь непосредственно связаны с плюралистичекскими идеями; при этом не столь важно, что они могут проявляться в различных формах: как плюрализм публичных властей, включая его местный, федеративный или наднациональный аспекты, как плюрализм политических партий и союзов или, наконец, как плюрализм в сфере коммуникации[215]. Это стороны одного и того же явления, поэтому так важно проследить его истоки в истории немецкой государственно-правовой мысли.

3. Несмотря на то, что этатистская парадигма довеймарского периода едва ли была совместима с идеями плюрализма, *протоплюралистические* следы можно найти в схожих представлениях Лассаля и Еллинека о конституции как о сложном результате фактических властных отношений между различными группами и центрами сил. За счет придания последним субъектности открывалась *возможность* ослабить гегелевское понимание государства. Убедительность этого тезиса подтверждают и более поздние восприятие и радикализация этих представлений сторонниками плюрализма Кельзеном и Левенштейном[216]. Хотя сам Еллинек оставался в традиции Гегеля, следуя дуализму

---

[215] **Сложные взаимоотношения политических измерений плюрализма** могут характеризоваться как *полной согласованностью,* способной релятивировать государственное единство в наивысшей степени, так и *частичным взаимным усилением* или *нейтрализацией* в зависимости от нужд текущей политики. Похожий ряд феноменов выстраивает Карл Шмитт, исследуя взаимоотношения между *плюрализмом, поликратией и федерализмом* в Веймарской республике. При этом под плюрализмом он понимает многообразие организованных социальных властных структур, пронизывающих государство как территориально, так и в предметных областях его жизни, которые контролируют образование государственной воли и при этом остаются негосударственными образованиями; поликратия означает многообразие юридически автономных субъектов публичной экономики, самостоятельность которых ограничивает государственную волю. Например, политические партии могут использоваться для противодействия разъединяющим интересам федеративных единиц, или, напротив, в конфликте между собой ссылаться на федеративные элементы конституции для усиления собственных позиций. Представленная в основном местным самоуправлением поликратия может использоваться для усиления или ослабления политических партий или федеративных единиц. Учитывая современный контекст, этот ряд может быть дополнен *публичной сферой*, где формируется общественное мнение. См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung. Op. cit. S. 71-73.

[216] **Конституционная политология** (Verfassungspolitologie), то есть дескриптивно-аналитическая социологическая теория об открытом плюралистическом обществе, развитая Левенштейном на основе идей Лассаля, Еллинека и Кельзена, представляет собой весьма оригинальную попытку аргументации в пользу плюрализма, основанную не на нормативном, а на эмпирическом материале. Левенштейн пытался доказать жизнеспособность плюралистической теории, преодолевая нормативизм Кельзена, но не склоняясь при этом к прогосударственному и ориентированному на гомогенность народа антипозитивизму Шмитта, который часто воспринимался в качестве противоположности кельзеновским идеям. Главный недостаток подхода Левенштейна, который мы также затрагивали в начале параграфа (см. подраздел 1), заключается в том, что он имплицитно встает на службу плюрализму как нормативной политической концепции: «реализм» этой не *государственной*, а *конституционной* политологии находит свои границы там, где встает вопрос об обоснованности излишней онтологизации различных общественных групп за счет деонтологизации государства. Предпосылки подобной «политологии без государства» как раз и были заложены Лассалем и Еллинеком; в этом смысле их можно считать *ранними плюралистами*. Все же замена отправной точки конституционного права с традиционного для немцев государственного единства на свободу индивида в плюралистическом обществе даже сторонникам Левенштейна видится не как реализм, но как воспроизведение нормативных постулатов через эмпирическую фактичность. Использование им дуализма конституционной нормативности и действительности едва ли меняет дело. В этом смысле стоит согласиться с высказанным в литературе мнением, что Левенштейн способствовал *нормативной вестернизации* немецкого государственного права. См. подробнее: Ooyen, R van. Verfassungspolitologie des demokratischen „Verfassungsrealismus“: von Lassalle über Kelsen zu Loewenstein // Ooyen, R van. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. 2. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2017. S. 105-125.

государства и общества в своем признании социологической и правовой сторон государства (Zwei-Seiten-Lehre)[217], однако их связанность между собой через нормативную силу фактического была использована плюралистами для снижения значения государства.

Но *отправной точкой* для современного немецкого и английского плюрализма, несмотря на похожую амбивалентность, является органическая теория Отто фон Гирке о союзе как реальной правовой личности. С одной стороны, за счет придания бóльшей субъектности юридическим лицам и в целом разнородному *обществу* она, хотя и не ставила под принципиальное сомнение, но все же ослабляла суверенитет *государства*[218]; здесь заметна ее связь с токвилевским пониманием плюрализма[219]. С другой стороны, она же сигнализировала о явном различии между американским и европейским плюрализмом, придавая союзам значение, явно выходящее за рамки их инструментальной трактовки как целевого представительства индивидуальных интересов[220]. Эта двойственность вызвана попыткой Гирке примирить категории господства (Herrschaft) и союза (Genossenschaft), за которыми скрывается более привычный дуализм государства и общества. Главный результат данной гармонизации можно трактовать как первый однозначный шаг в сторону плюралистической теории: государства и союзы по Гирке признаются едиными по

---

[217] См.: Ooyen, R van. Staat und pluralistische Gesellschaft bei Kelsen // Ooyen, R van. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. 2. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2017. S. 19-20.

[218] См.: Ooyen, R van. „Weimar“ – ein Paradigmenwechsel: Vom „antidemokratischen Denken“ zur Avantgarde der Verfassungspolitologie pluralistischer Demokratie bei Preuß, Anschütz, Thoma, Kelsen, Heller – und Loewenstein // Journal der Juristischen Zeitgeschichte. 2016. 10(3). S. 115-117; Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung: Anhang: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und Seine Stellung in der Deutschen Staatslehre. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. S. 174.

[219] См.: Steffani, W. Op. cit. S. 57-58.

[220] **Различия между европейским и американским плюрализмом** заключаются, таким образом, в степени учета публичного интереса. Так, американский плюрализм изначально содержал сильный индивидуально-либеральный компонент в традиции Мэдисона и Токвиля (laissez-faire pluralism), который хорошо прослеживается в работах исследователей Дэвида Трумена и Роберта Даля, а также характерен для политики президентов Гардинга, Кулиджа и Гувера. Несмотря на попытки отклониться от этого магистрального пути в сторону *корпоративного плюрализма*, критически оценивающего риски подавления конкуренции за счет тесной кооперации государства с крупными группами влияния, к которому США приблизились во времена Эйзенхауэра и Никсона, или *публичного плюрализма* (public pluralism), наделяющего государственные институты, в частности, президента, широкими полномочиями по активной коррекции искажений в американской плюралистической системе, как в периоды правления Франклина Рузвельта и Кеннеди, американская модель плюрализма все же характеризуется ослабленной концепцией общего блага. Отсюда же следует некоторая недооценка государства как более высокого властного уровня для интеграции публичных интересов, который существует скорее в виде *неформальной иерархии безопасности*. Это позволяет избегать конфликта между государством и обществом, признавая влиятельные социальные группы в качестве легитимных представителей общественных интересов и игнорируя связанную с этим олигархическую концентрацию власти. Европейский же, и, в частности, немецкий плюрализм, даже при наличии радикальных реформистских направлений, отрицающих суверенитет государства, *в целом* несовместим с экстремальным индивидуализмом. Это исторически обусловлено как феодальным наследием, так и более поздним дуализмом общества и монистического, авторитарного государства. Вытекающие отсюда концепции народного представительства и суверенитета понимают плюрализм как угрозу неофеодальной дезинтеграции. Для ее купирования общественные союзы наделяются публичной функцией по интеграции в пользу политически более заметного государства, которое, в свою очередь, являясь надпартийной инстанцией, зачастую мистифицируется и прочно связывается с категориями народа и априорного общего блага. Союзы, таким образом, подвергаются ограничениям, в том числе посредством разделения на публично-правовые и частные. Именно в этот контекст хорошо встраивается теория Гирке. Таким образом, американский плюрализм существенно отличается от европейского, сближаясь с последним только в рамках «социально-демократической» концепции публичного плюрализма. См.: Steinberg, R. Pluralismus und öffentliches Interesse als Problem der amerikanischen und deutschen Verbandslehre // Archiv des öffentlichen Rechts. 1971. Vol. 96. №4. S. 465–505.

происхождению, гомогенными[221]; в этом контексте признаваемое им и возвышающее государство отличие от гражданского общества по признаку суверенитета сугубо вторично, ведь если принципиально принять эту логику, то отказ от него – лишь вопрос времени. Несмотря на то, что теоретические выкладки Гирке о союзах эксплицитно не были направлены на конституционно-правовую дискуссию, а сам он был противником абсолютизма, но не государства как такового, они весьма существенно релятивируют его значение[222]: во-первых, союзы образуют некую промежуточную сферу между государством и обществом, размывающую их дуализм, что, очевидно, корреспондирует логике развития конституционализма и плюралистической теории; во-вторых, многообразие союзов ведет к «плюрализму лояльностей», среди которых лояльность к государству становится лишь одной из возможных, ситуативно обусловленных опций[223].

Плюралистическая и уже собственно конституционно-правовая интенсификация теории Гирке закономерно проявилась в возникшем на закате кайзеровской Германии политическом учении Гуго Пройса и в более компромиссном виде кристализовалась в Конституции Германской империи 1919 года, «отцом» которой он считается за существенную роль в разработке ее проекта[224]. Пройс, продвигая мышление от конституции, в отличие от Гирке убеждал в принципиальной *несовместимости* категории государственного суверенитета с концепцией плюрализма политических союзов: суверенитет, являясь орудием в руках авторитарной начальственности, угнетает другие союзы, навязывает им недемократическую волю *сверху вниз*, в то время как роль последних должна заключаться в организации народа в государство *снизу вверх*[225]. Эта идея, напоминающая о коперниканском перевороте, заменяет представление о роли государства как *субъекта и центра интеграции*, характерное для XIX века, видением государства как *объекта или результата* интеграции, что также сближает идеи Пройса с интеграционной

---

[221] См.: Krupa, H. Genossenschaftslehre und soziologischer Pluralismus. Ein Beitrag zur Staatslehre Otto von Gierkes // Archiv des öffentlichen Rechts. 1941. Vol. 71. №2. S. 97-114. **Автор не согласен с высказанными в статье суждениями.*

[222] Стоит оговориться, что плюралистическая направленность концепции Гирке однозначно не подтверждается в литературе. Постановка его в один ряд с английскими плюралистами в духе Ласки не имеет под собой оснований. *Во-первых*, Шмитт, критикуя многозначность категории «органический», указывает, что последователи теории Гирке находились во всех возможных секторах политического спектра, от отрицающего государственное единство Ласки до монархистов и сторонников Бисмарка. *Во-вторых,* Крупа указывает на существенные отличия учения Гирке от плюралистических теорий. Так, Гирке, в отличие от плюрализма Ласки, возражает против идентификации государства с правительством и включает в него также властителя и граждан. Кроме того, Гирке не является сторонником индивидуализма как ключа к решению социальных противоречий, а оценивает индивида как часть высшего целого; он признает приоритет государства перед обществом. См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung: Anhang: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und Seine Stellung in der Deutschen Staatslehre. Op. cit. S. 170-171; Krupa, H. Op. cit. S. 111-112.

[223] См. в этом направлении: Schmitt, C. Staatsethik und pluralistischer Staat. Op. cit. S. 29-30.

[224] См.: Müller, C. Hugo Preuß, der Vater der Weimarer Verfassung: ihre Grundlegung in der Gemeinde-Demokratie. Schefold, D. (Hrsg.) Hamburg: Europäische Verlagsanstalt; 2022; Maste, E. Hugo Preuß. Vater der Weimarer Verfassung // Aus Politik und Zeitgeschichte. 1960. №43. S. 695-702.

[225] См.: Voßkuhle, A. Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus. Op. cit. S. 258.

теорией Сменда[226], придающей и государству, и конституции столь *преходящий*, нуждающийся в ежедневной актуализации характер, динамизм которого способен и вовсе растворить в плюралистическом обществе их последние различимые контуры.

Но не только за это фигура Пройса как идейного первопроходца немецкой плюралистической теории почитается в современной Германии: антиэтатист, леволиберал, сторонник децентрализации, партийного парламентаризма, многоуровневой системы власти и глобализации, антипозитивист и отрицающий нейтральность «конституционный политик» с пробританским видением[227] он служит для политической элиты ФРГ важным историческим аргументом в пользу правильности сегодняшнего пути[228]. Для настоящего рассмотрения немаловажно, что профессор Фосскуле связывает плюралистическое наследие Пройса с системой норм действующего Основного закона, и одним из примеров этой преемственности он видит *«экстенсивно интерпретированные коммуникационные свободы»*[229].

---

[226] См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung: Anhang: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und Seine Stellung in der Deutschen Staatslehre. Op. cit. S. 180.

[227] Отмечается, что Англия для Пройса была *«классическим образцом во всех политических вопросах»*. Роль Пройса заключается в том, что он «импортировал» в Германию западный парламентаризм. См. подробнее о его конституционно-политической позиции: Maste, E. Op. cit. S. 697, 702.

[228] Так, профессор Андреас Фосскуле, практически обозначая официальную позицию, подчеркивает *безальтернативность* современной *плюралистической конституционной культуры* в традиции Пройса, в центре которой стоит доверие к самоорганизации общества. Он называет ее, несмотря на многие недостатки, «в долгосрочной перспективе единственной альтернативой тоталитарному государству». См.: Voßkuhle, A. Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus. Op. cit. S. 266-267. Стоит, однако, оговориться, что с позиции современного немецкого конституционно-правового мейнстрима Пройса можно было бы подвергнуть критике: *во-первых*, сконструированные им в Конституции 1919 года в качестве противовеса парламентской демократии плебисцитарные элементы, в том числе порядок избрания и сильные полномочия президента империи, находили одобрение у Шмитта по причине их объединяющего характера, но позже были критически переоценены как несовместимые с современной парламентской системой, богатой антимажоритарными вкраплениями, и названы среди факторов, предопределивших крах Веймарской республики; *во-вторых*, стабилизирующим плюралистическую демократию фактором Пройс видел национальное единство, находящее выражение в организации народного государства, что в свете современных миграционных процессов может делать его фигуру несколько спорной; *в-третьих*, Пройс все же не выступал за плюралистический хаос, а видел идеал в своего рода иерархии союзов, упорядоченной корпоративной структуре под эгидой гарантирующего национальное единство государства, что слабо совместимо с современным разнообразием общественных союзов и их порой радикальным политическим активизмом. Полемизируя, в этом контексте заметим, что несмотря на свои либерально-плюралистические взгляды Гуго Пройс является весьма компромиссной исторической фигурой, учитывающей современные озабоченности Германии о сохранении ее национальной идентичности в ходе европейской интеграции, в отличие от, например, гораздо более радикального плюралиста Ганса Кельзена. Возможно, поэтому профессор Фосскуле стремится придать фигуре Пройса конституционно-правовую и политическую актуальность, ведь с конца прошлого века, в том числе и под председательством профессора Фосскуле, ФКС прибегает к аргументу о *духовной, социальной и политической гомогенности* немецкого народа для очерчивания границ европейской интеграции (например, BVerfGE 89, 155 (186), BVerfGE 154, 17 (85)), чем вызывает критику со стороны более радикальных сторонников плюрализма. См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung: Anhang: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und Seine Stellung in der Deutschen Staatslehre. Op. cit. S. 174, 181-182; Barczak, T. Op. cit. Rn. 93-103; Maste, E. Op. cit.

[229] Помимо коммуникационных свобод статей 5 и 8 в систему норм Основного закона – гарантий плюрализма – входят, по мнению Фосскуле, прежде всего, нормы о политических партиях (статья 21), местном самоуправлении (абзац 2 статьи 28), свобода объединений (статья 9), а также предписания, направленные на защиту свободного демократического базового порядка, например, лишение основных прав (статья 18) и запрет политических партий (абзац 2 статьи 21). См.: Voßkuhle, A. Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus. Op. cit. S. 267.

4. Потрясения Веймара, однако, побуждали к критическому осмыслению как научно-политических аргументов, так и конституционно-практических результатов деятельности Пройса; острая научная дискуссия того времени (Weimarer Richtungsstreit) отражала конституционную действительность, которую современные исследователи, подчеркивая ее потенциал для междисциплинарного изучения современной плюралистической демократии, обозначают как *лабораторию левого и правового радикализма*[230]. Действительно, проведенные в ней эксперименты и их интерпретации обеспечивают политическую поляризацию и динамику в конституционно-правовых исследованиях до сих пор[231], во многом за счет предпринятого в это время переосмысления *фундаментальных дихотомий*, выходящего за рамки изрядно утратившего актуальность поиска в эпохе Веймара только неудачных решений и извлечения из них уроков для современной ФРГ, распространенного в первые послевоенные десятилетия[232].

Отклонимся от привычной реконструкции этих дебатов как *спора о позитивизме*, тем более что при глубоком рассмотрении такое разделение его участников оказывается весьма условным[233], и попытаемся в соответствии с потребностями настоящей работы воспроизвести их как *спор о плюрализме*. Не ставя задачу глубокого погружения в исторические детали, предлагается ограничиться анализом базовых аргументов его главных участников; последних уместно расположить в соответствии с их отношением к плюралистическим идеям: от радикального плюралиста Ганса Кельзена к умеренному

---

[230] См.: Ooyen, R van. „Weimar“ – ein Paradigmenwechsel. Op. cit. S. 111.

[231] **Современные конституционно-правовые исследования Веймарской республики**, главным образом, концентрируются на поиске и интерпретации аргументов, связывающих историческое прошлое с актуальной конституционно-правовой действительностью Германии, чтобы усилить легитимацию Основного закона, подчеркнув преемственность, или, наоборот, обратить внимание на неучтенный опыт для коррекции текущей политики. Так, *с одной стороны*, встречается немало авторов либерально-демократических убеждений, обосновывающих с помощью истории текущее состояние конституционно-правовой науки и практики или даже требующих их большей либерализации, см: Groh, K. Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik: von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; Ooyen, R van. Demokratische Staats- und Verfassungslehre der Weimarer Republik. Frankfurt am Main: Verlag für Verwaltungswissenschaft, 2019. *С другой стороны*, предпринимаются попытки изучить и критически интерпретировать в современном свете аргументы как «антидемократов», так и умеренных конституционалистов, см.: Roth, K. Carl Schmitt – ein Verfassungsfreund? Seine Stellung zur Weimarer Republik in der Phase der relativen Stabilisierung (1924–29) // Zeitschrift für Politik. 2005. №52(2). S. 141-156; Neumann, V. Carl Schmitt als Jurist. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015; Mehring, R. Carl Schmitt: Denker im Widerstreit: Werk - Wirkung - Aktualität. Op. cit; Frick, V., Lembcke, O. (Hrsg.) Hermann Hellers demokratischer Konstitutionalismus. Wiesbaden: Springer VS, 2022. *Кроме того*, предпринимаются и относительно нейтральные попытки проследить влияние Веймара на Основной закон, и, в частности, основные права, см.: Unruh, P. Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz: ein verfassungstheoretischer Vergleich. Berlin: Duncker & Humblot, 2004; Jansen, A. Grundrechte als Produkt der Staatsrechtswissenschaft? Eine Untersuchung zum Einfluss von Rudolf Smend, Carl Schmitt und Richard Thoma auf die Entstehung der Grundrechte im Parlamentarischen Rat. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2024.

[232] **Проблема свободы и порядка**, как отмечается, ставшая центральной в эпоху «расколдованного» модерна, дала импульс к обсуждению в Веймарский период на качественно высоком уровне вопросов соотношения *общества и общинности, должного и сущего, плюрализма и политического единства, демократии и диктатуры, рационализма и иррационализма, права и политики, государства и права, Бога и государства, легальности и легитимности, государственного и конституционного права* и многих других. Ответы на них по сей день задают «колею» немецкой конституционно-правовой дискуссии. См.: Ooyen, R van. „Weimar“ – ein Paradigmenwechsel. Op. cit. S. 111.

[233] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 47-48, 54.

плюралисту Герману Хеллеру через скептика плюрализма Рудольфа Сменда до явного антиплюралиста Карла Шмитта[234].

Рассмотрение плюралистических взглядов Кельзена в первую очередь оправдано и в связи с тем, что они выступали своего рода точкой отсчета: его идеи на начальном этапе объединили против него остальных участников спора, хотя позже их позиции стали отдаляться и конкурировать друг с другом[235]. Нормативная теория Кельзена оценивается как радикальная, прежде всего, в связи с ее направленностью на уничтожение государства как субстанционального, суверенного субъекта; у Гирке и даже у Ласки оно еще остается союзом, пусть и между многими, в то время как Кельзен редуцирует его до правового порядка следующим образом: *государство есть право есть конституция* (Staat ist Recht ist Verfassung)[236]. Если во время господства позитивизма Лабанда учение Еллинека помогало плюралистам снизить значение государства при помощи нормативной силы фактического, то позже оно стало мешать им из-за этой внешнеправовой, бытийной опоры его субъектности; Кельзен же пытается устранить помеху – его формула окончательно отменяет дуализм государства и общества, следующее из него разделение государства и права, права частного и публичного и множество других зависимых оппозиций, поскольку видит в них устойчивый резерв «антидемократической» власти, который в чрезвычайном случае может и вовсе обусловить весь правовой порядок[237].

Вместе с дуализмом государства и общества отпадает необходимость во всякой *реальной гомогенности* как предпосылке существования политического порядка, в основу

---

[234] **«Веймарская четверка»** (Die großen Vier) – классический, но не единственный для немецкой конституционно-правовой науки вариант выбора ключевых мыслителей этой эпохи. Например, в своей монографии профессор Катрин Гро (Kathrin Groh) выбирает для анализа **«Большую пятерку»** (Die großen Fünf): Гуго Пройса, Герхарда Аншютца, Рихарда Тома, Ганса Кельзена и Германа Хеллера. Критерий выбора этих фигур связан с тем, что все они понимали политический плюрализм, демократическую республику и конституционное государство как тесно переплетенные, сросшиеся между собой категории. Из этого следует недостаток: как отмечают критики Гро, отождествление демократии с плюрализмом и парламентаризмом с исторической точки зрения спорно, а сам искусственный выбор пяти этих фигур, кажется, направлен именно на подкрепление первого тезиса. От себя добавим, что такой подход позволяет избежать анализа критики, лежащей за пределами дискуссии пятерки названных конституционалистов, исключая аргументы тех, кого на основе неясного критерия определили как «антидемократов». Здесь становится заметной мотивация использовать исторические исследования как политический аргумент в современной конституционно-правовой дискуссии ФРГ. См.: Groh, K. Op. cit.; критически Wiegandt, M. Die Weimarer Staatsrechtslehre aus dem Blickwinkel des 21. Jahrhunderts // Kritische Justiz. 2013. Vol. 46. № 4. S. 447-448; одобрительно Ooyen, R van. „Weimar“ – ein Paradigmenwechsel. Op. cit.

[235] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 34; Unruh, P. Op. cit. S. 53.

[236] См.: Ooyen, R van. Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie. Op. cit. S. 24-27, 269-271.

[237] **Критика Еллинека** у Кельзена основывается на *недопустимости методологического синкретизма*; в неокантианской традиции, которой следует Кельзен, предполагается строгое разделение между сущим и должным, которое Еллинек нарушает, синтезируя в своем учении право и социальные науки. При этом социологический, бытийный аспект государства является наследием Гегеля и, по мнению Кельзена, позволяет государству занять предшествующее праву место. Здесь Кельзен видит риск манипуляции в интересах власти. Так, аргумент о суверенитете и национальном интересе помогает выводить из сферы контроля общества важные для него предметы. В Германии эта угроза особенно велика, потому что за государством всегда скрывалась авторитарная монархическая власть. В качестве решения Кельзен предлагает деонтологизировать государство и в целом выступает против «реальных» союзов, подчеркивая, что любые социальные структуры являются лишь системами норм. См.: Ooyen, R van. Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie. Op. cit. S. 28-39.

которого ставится гражданин[238]; единство предполагается формальным, что ведет к процедуралистскому пониманию парламентской демократии как установленных конституцией правил игры – *крайнему релятивизму*, признающему легитимным любые политическое мнение, группу интересов или партию[239]. Кельзен в своей последовательности и принципиальности, заслуживающих уважения, обнажает важнейшую зависимость: *логически завершенная плюралистическая теория несовместима с такими онтологизированными формами политического единства как государство и народ*[240]. Его решительность тесно связана с оптимистической верой в идеал человеческого разума, позитивной антропологией, уже затронутой выше.

Без сомнения, как результат мышления от конституции предложенные им условия для плюрализма являются лучшими из возможных. Таким образом, правовой позитивизм Кельзена есть базовая часть плюралистической теории открытого общества, ее юридическая сторона[241]. Но если это так, то появляется как минимум два повода для полемики: во-первых, возникает подозрение, что учение Кельзена вовсе не является политически нейтральным, оно ничего не «расколдовывает», а лишь меняет прогосударственную направленность лабандовского позитивизма на противоположную, чтобы затем вновь скрыть ее политический характер; во-вторых, возникает вопрос о родстве недостатков правового

---

[238] **Гомогенность народа** как предпосылка возможности государства и демократии интенсивно обсуждается и критикуется сторонниками плюралистической теории, поскольку она является основанием для ограничений многообразия. По этой причине плюралисты не только стремятся свести к минимуму число признаков, по которым устанавливается наличие гомогенности, но и трансформировать их из реальных, происходящих «снизу» (например, язык или этническая принадлежность) в виртуальные, происходящие «сверху» (например, подчинение единому правовому порядку). Кельзен исходит из необходимости *относительной гомогенности*, в особенности наличия одного языка, учитывая пример многонациональной Габсбургской монархии. Кажется, что по современным меркам эта позиция уже не выглядит как радикальный плюрализм – в свете миграционного кризиса в современной Германии языковой барьер является распространенной проблемой интеграции в немецкое общество, с которой сталкиваются «новые граждане». Впрочем, сторонники плюрализма, как, например, судья ФКС в отставке, профессор Люббе-Вольф (Gertrude Lübbe-Wolff) предлагают видеть единство в разнообразии: стабилизирующий эффект приписывается *сети пересекающихся в обществе разделительных линий*. Поэтому Люббе-Вольф видит проблемы не в гетерогенности, а в излишней гомогенности современного общества, очевидно, имея перед глазами пример Германии. Проблема интеграции, таким образом, связана с недостаточным вовлечением мигрантов в общественные различия, то есть релятивирования их этническо-культурной принадлежности. В этом смысле Люббе-Вольф идет дальше, чем Кельзен, заявляя тезис, что представление о гомогенности как условии функционировании государства и демократии вовсе себя изжило. Представляется, что признание в Германии неудач интеграции мигрантов на государственном уровне и принимаемые в этой связи меры являются лучшим критерием убедительности подобных рассуждений. См.: Lübbe-Wolff, G. Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration // Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik. 2007. №4. S. 124-127; ZDF heute. Migrationspolitik: woran es bei der Integration hapert. URL: https://www.zdfheute.de/politik/deutschland/migration-deutschland-probleme-100.html (accessed: 16.09.2024).

[239] **Несовместимость воинствующей демократии** с учением Кельзена является поводом для его критики со стороны современных плюралистов из-за угрозы разрушения демократического режима проявлениями экстремизма. По этой причине в особенности на раннем послевоенном этапе его рецепция была затруднена. Однако и позже 1945 года Кельзен оставался верен своим принципам, стараясь не допускать методологического синкретизма, к которому относимо и применение инструментов воинствующей демократии. Современные сторонники плюралистической теории видят в этом проявление эмпирической слепоты, излишне идеологизированный подход, опасность этического нигилизма и даже близость к децизионизму. См.: Ooyen, R van. Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie. Op. cit. S. 123-129.

[240] Ibid. S. 270.

[241] См.: Ooyen, R van. Staat und pluralistische Gesellschaft bei Kelsen. Op. cit. S. 7-9; Ooyen, R van. Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie. Op. cit. S. 45-63, 271.

позитивизма и плюрализма – как первый не способен убедительно объяснить, почему право действует, так и второй не может дать ответ на вопрос о фактическом единстве, лежащем в основе стабильности государства. По сей день учение Кельзена *о государственном праве без государства, демократии без народа* остается для Германии внешне слишком заметным сломом традиций, поэтому его современная рецепция без оговорок была существенно затруднена и до сих пор сопрягается с риском политической ангажированности[242].

Следующее место в градации занимает немецкий государствовед Герман Хеллер (Hermann Heller), чья относительная неизвестность связана с ранней смертью в эмиграции. Несмотря на то, что Хеллер не успел завершить свою исследовательскую работу, его фигура получила заслуженный интерес среди современных немецких конституционалистов[243]. *Умеренность* Хеллера в отношении плюрализма стоила логической стройности его учению, но не означала неопределенность, а скорее делала его самостоятельной фигурой по отношению к Кельзену, Сменду и Шмитту.

С одной стороны, Хеллер был антипозитивистом, критиковавшим либерально-плюралистический процедурализм Кельзена как с этатистских позиций, так и за сокрытие классовых противоречий[244]. Взгляд Хеллера на конституцию и конституционное право как на результат фактических властных отношений, пусть и с оговорками о некоторой автономии первых[245], критиковался за снижение нормативной силы юридической конституции[246] и выдавал в его работе черты мышления от государства. Следуя в этой парадигме, Хеллер выступал за гомогенность народа, явно выходящую за пределы лишь подчинения правовому порядку; будучи социал-демократом, он требовал усиления экономического равенства для перехода к социальному государству[247]. Более того, Хеллер предполагал и определенную степень политической гомогенности, что послужило поводом для его цитирования ФКС в известном деле о Маастрихтском договоре и последовавшей за этим острой критике суда за

---

[242] Кельзен оставался для науки государственного права Веймарской Германии в целом и даже для ее либерально-демократического крыла в частности посторонним (Außenseiter). В первые послевоенные годы подчеркнутый формализм его учения был дискредитирован нейтральностью потерпевшей крах Конституции 1919 года. Поэтому, а также в связи с фактическим отсутствием Кельзена в послевоенной Германии *вестернизация* государственного права происходила на основе учения Рудольфа Сменда несмотря на то, что теория Кельзена содержательно в гораздо большей степени соответствовала этому процессу. См.: Ooyen, R van. Viel Smend (und auch Schmitt), wenig Kelsen: Zur Rezeption in der deutschen Staatsrechtslehre // Ooyen, R van. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. 2. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2017. S. 219-220.

[243] **Рецепция Хеллера**, как указывается, происходила в три волны. *Первая волна* была непосредственно связана с его плюралистической теорией. *Во вторую волну* в центре внимания была умеренность Хеллера и его дистанция как по отношению к консерваторам, так и марксистам. *Третья волна* объяснялась делом о Маастрихтском договоре (см. ниже), делавшем основной акцент на этатистском содержании учения Хеллера. См.: Ooyen, R van. Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft: Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft // Ooyen, R van. Bundesverfassungsgericht und politische Theorie: Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: Springer VS, 2015. S. 114.

[244] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 176; Ooyen, R van. Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft. Op. cit. S. 120.

[245] См.: Heller, H. Die Souveränität: ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts. Berlin: de Gruyter, 1927. S. 77-88.

[246] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 170.

[247] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 182.

инструментализацию Хеллера как *благонадежного и умеренного этатиста* с целью избежать проблематичного цитирования Шмитта[248].

С другой стороны, Хеллер поддерживал парламентскую демократию с плюрализмом различных общественных союзов и пропорциональной избирательной системой, был сторонником автономии личности и признавался в верности Конституции 1919 года; последнее в те неспокойные времена было среди государствоведов редкостью. Онтологизация народа и государства не была у него такой субстанциональной, как у Шмитта: политический аспект гомогенности Хеллер видел в символическом, социально-психологическом *единстве в многообразии*, не данном изначально, но складывающемся в процессе гражданского участия[249]. В литературе выдвигается версия, что Хеллер хотел с помощью своего концепта *плавно ослабить* «этно-националистические идеи»[250]. Это кажется верным с учетом его стремления получить поддержку у правого крыла социал-демократов[251], ради которой он не мог отказаться от прогосударственной внешней оболочки стороны его теории.

Таким образом, учение Хеллера если не по форме, то по содержанию является плюралистическим[252]. Его наследие близко Основному закону: он предвосхитил не только принцип социального правового государства, объективный ценностный порядок и функционализацию основных прав[253], но и осцилляцию немецкой конституции между этатизмом и конституционализмом на плюралистическом фундаменте.

Граница между позитивным и негативным отношением к плюрализму пролегает между Хеллером и Рудольфом Смендом, известнейшим государствоведом и Веймарского, и Боннского периодов. Все же мы обозначаем Сменда как не занимающего крайнюю позицию *скептика плюрализма,* поэтому предлагается избрать для анализа его влияния ту же схему, что применялась в отношении Хеллера.

На первый взгляд, Сменд является этатистом с традиционным для того времени набором умозаключений и категорий: растворение автономии личности в

---

[248] **В деле о Маастрихтском договоре** ФКС процитировал тезис Хеллера о необходимости «*относительной гомогенности народа – духовной, социальной и политической*» для функционирования демократической легитимации государства, которое должно сохранять соответствующие ей достаточно значимые полномочия. ФКС использовал этот аргумент, чтобы указать на границы европейской интеграции и подчеркнуть первичную роль национального государства в отношениях с Европейским союзом. Критики решения, проанализировав труды Хеллера, утверждали, что суд содержательно исказил его подлинную позицию, поместив цитату в неверный контекст, и, таким образом, вложил ему в уста доводы Шмитта о необходимости сущностного единства. См.: BVerfGE 89, 155 (186); Ooyen, R van. Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft. Op. cit. S. 113-125; Lübbe-Wolff, G. Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration. Op. cit. S. 121-122.

[249] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 160; Ooyen, R van. Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft. Op. cit. S. 122.

[250] См.: Lübbe-Wolff, G. Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration. Op. cit. S. 123.

[251] См.: Ooyen, R van. Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft. Op. cit. S. 121.

[252] В этом же направлении см.: Wiegandt, M. H. Die Weimarer Staatsrechtslehre aus dem Blickwinkel des 21. Jahrhunderts // Kritische Justiz. 2013. №46(4). S. 449-450; Groh, K. Op. cit.

[253] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 178, 180-182.

онтологизированном государстве-коллективе или даже государстве-сверхчеловеке, гомогенность которых близка шмиттовской[254], критика парламентаризма как формы функциональной интеграции, явно недостаточной для глубокого объединения[255], наконец, сомнения в государственном качестве Веймарской республики и недоверие к ее конституции как «организации плюрализма, то есть в конечном итоге анархического сосуществования политических групп»[256]. Разумеется, недовольство Конституцией 1919 года повлияло на его антипозитивизм, в центре которого находится *функция интеграции*, способная настолько фундаментально релятивировать конституционные верховенство, нормативность и текст[257], что Кельзен справедливо обвинял Сменда в легитимации нарушения конституции[258]. Интеграция в политическое единство как длящийся процесс, в котором государство «живет» и обретает свою духовно-социальную действительность[259], была тем новым элементом, что отличал теорию Сменда как от господствующих этатистских представлений того времени в целом, так и от позиции Шмитта в частности, которая делала ставку на статично заданное единство[260].

Именно категория интеграции, с помощью которой Сменд избегает определения соотношения между государством и конституцией, затрудняет отнесение его теории к этатизму или конституционализму[261]. Таким образом, оппозиции государство и конституция, государство и общество *взаимно размываются и релятивируются* посредством интеграционной функции. И здесь лучший момент, чтобы задаться вопросом, насколько концепция Сменда может быть совместимой или даже полезной для плюрализма. Во-первых, придание процессу интеграции *высокой динамики*, подчинение его требованию непрерывной актуализации, открывает и государство, и конституцию для действительности, которая в массовом обществе конструируется при активном участии плюралистических групп, в особенности медиа, становится результатом их деятельности. Не этого ли хотели сторонники плюрализма? Во-вторых, если республиканское государство зависит от «повторяющегося каждый день плебисцита»[262], то в сравнении с ним конституция (но не

---

[254] См.: Ooyen, R van. Integration: Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik. Wiesbaden: Springer VS, 2014. S. 29-34; Unruh, P. Op. cit. S. 142, 155-156; Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 34-44.

[255] См.: Smend, R. Verfassung und Verfassungsrecht. München: Duncker & Humblot, 1928. S. 112.

[256] См.: Smend: Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht, Rede bei der Reichsgründungsfeier der Universität Berlin vom 18.01.1933. Цит. по: Ooyen, R van. Integration: Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik. Op. cit. S. 32-33.

[257] Сменд при этом полностью не отрицает стабилизирующую функцию конституции, но подчиняет и ее нуждам интеграции. См. подробнее: Unruh, P. Op. cit. S. 144-146.

[258] См.: Kelsen, H. Der Staat als Integration: eine prinzipielle Auseinandersetzung. Wien: Springer, 1930. S. 90.

[259] См.: Smend, R. Verfassung und Verfassungsrecht. Op. cit. S. 18-20.

[260] См.: Ooyen, R van. Integration: Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik. Op. cit. S. 26-27.

[261] См.: Michael, L. Rudolf Smend (1882–1975): die Verfassung als Integrationsordnung // ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium. 2023. №3. S. 447-448.

[262] См.: Smend, R. Verfassung und Verfassungsrecht. Op. cit. S. 18.

моментально устаревающий, по мнению Сменда, конституционный текст!) оказывается более стабильной, что повышает ее функциональное значение для интеграции[263]. С учетом отпавшего у Сменда дуализма государства и общества это открывает путь к *тотальному* урегулированию всех областей общественной жизни, которое осуществляется в том числе посредством придания основным правам характера абстрактных принципов-ценностей, распространения их действия между частными лицами и взвешивания[264]. Конечно, коммуникационные свободы становятся здесь основной мишенью[265]. В-третьих, учение Сменда часто критикуется за его размытость, нейтральность и приспособленчество[266], при этом полемически подчеркивается трудоемкость разграничения между последними и *бессодержательностью*[267].

---

[263] **Возрастающее значение основных прав** Сменд в этом контексте, рассматривая проблемы свободы выражения мнения, связывает не с необходимостью защиты меньшинства от парламентского абсолютизма, а с обстоятельством, что с переходом к республике основные права *перенимают часть функций монархического конституционного элемента.* В этой части они *не ограничивают, а усиливают государство*: поскольку основные права выполняют функцию интеграции, производимое ими единство предполагает ряд ограничений или даже обязательств их субъектов. Эта точка зрения, очевидно, послужила аргументом в пользу обоснования концепции функционализации основных прав, высшая степень которой заключается в превращении прав в обязанности. См. подробнее: Smend, R. Das Recht der freien Meinungsäußerung // Das Recht der freien Meinungsäußerung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927. Berlin, Leipzig: De Gruyter, 1928. S. 44-48; см. также §1.4 настоящей работы.

[264] См.: Michael, L. Rudolf Smend (1882–1975): die Verfassung als Integrationsordnung. Op. cit. S. 451-454.

[265] Так, **критерий всеобщности законов** (Allgemeinheit der Gesetze) как основание для допустимого ограничения свободы выражения мнения согласно статье 118 Конституции 1919 года вызывал у государствоведов того времени проблемы интерпретации. С одной стороны, предлагалось применять его формально, определяя такой закон всеобщим, который не направлен против какого-либо конкретного мнения как такового *(Sonderrechtslehre).* С другой стороны, предлагалось материальное применение данного критерия, на котором настаивал Сменд. Всеобщность при этом трактовалась как единство ценностей публичного порядка, безопасности, прав других лиц и так далее. То есть допустимость ограничения свободы выражения мнения предлагалось определять при взвешивании: если защищаемое ограничивающим законом благо «тяжелее», чем свобода выражения мнения, то первый следует признать всеобщим *(Abwägungslehre). Иными словами, по мнению Сменда, такой всеобщий закон является допустимым ограничением свободы выражения мнения, который в сравнении с ней является более важным.* Очевидно, что этот подход не только лишает содержания слово «всеобщий», записанного в упомянутой статье, но и открывает возможности гораздо более вольного ограничения свободы статьи 118, чем это было бы возможно при формально-логической интерпретации ее текста. Интересно, что абзац 2 статьи 5 Основного закона сохранил критерий всеобщности законов, ограничивающих коммуникационные свободы, а ФКС, следуя аргументации Сменда, объединил два названных подхода: наряду с требованием содержательной нейтральности закона суд стал учитывать и приоритетность блага, в целях защиты которого ограничиваются свободы статьи 5 Основного закона. В дальнейшем из второго подхода ФКС развил более общее требование соразмерности. Дополнительно к этому, пусть и с благородной целью защиты от распространения национал-социалистических идей, суд признал существование «имманентного» исключения, допускающего содержательное ограничение мнений (BVerfGE 124, 300 (327-328). Таким образом, предпринятое ФКС объединение подходов в действительности было поглощением вторым первого. Оно позволило существенно снизить значение текста Основного закона и расширило возможности ограничения свободы выражения мнения на основе критерия целесообразности. Импульс этому придало учение Рудольфа Сменда. См.: Smend, R. Das Recht der freien Meinungsäußerung. Op. cit. S. 49-53; критически Grabenwarter, C. GG Art. 5 // Maunz, T., Dürig, G., et al. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 106. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 121-127.

[266] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 41-42.

[267] **Способность теории Сменда к адаптации** связывается с ее высокой степенью абстрактности: такие категории как «интеграция», «единство», «ценностный порядок» и другие при необходимости могут наполняться любым политически выгодным содержанием. Эту «многовекторность» теории Сменда доказывает история. Смысловое ядро его учения состоит в признании динамичности мира и необходимости гражданского участия; с этими идеями невозможно спорить, и они не являются новыми. См. подробнее: Ooyen, R van. Viel Smend (und auch Schmitt), wenig Kelsen: Zur Rezeption in der deutschen Staatsrechtslehre. Op. cit. S. 223-224, 230.

Таким образом, скептической к плюрализму была внешняя, риторическая сторона теории Сменда, прочно связанная с политическими событиями того времени и, соответственно, сегодня потерявшая в актуальности, в то время как ее внутренняя сторона в долгосрочной перспективе системно соответствовала и даже способствовала плюрализму. Не забегая вперед, отметим, что именно по этим причинам интеграционная теория имела необходимую пластичность *для плюралистической переработки* с минимальными усилиями в соответствии с потребностями послевоенной ФРГ.

Наконец, крайнее положение в предложенной градации занимает Карл Шмитт; его антиплюрализм кажется исследователям настолько ясным, что они используют его как классический пример для отграничения плюралистических теорий от тоталитарных[268]. Действительно, для этой общепризнанной точки зрения есть немало оснований: антипозитивизм, пусть и не такой очевидный, как у Хеллера и Сменда, в совокупности с мышлением даже не от государства, а от чрезвычайного положения (Denken vom Ausnahmezustand her) Шмитт использует для противопоставления плебисцитарной демократии нейтрализующему политическое либерализму и следующими в его русле парламентаризму и автономии личности[269]. Содержательно нейтральный *народный децизионизм,* обеспечивающий экзистенциальное различение друга и врага, требует субстанциональной гомогенности – принципа равенства, радикализованного даже по сравнению с его руссоистской трактовкой[270]. Состояние гомогенности, понимаемое Шмиттом не только в национальном, но и в политическом аспекте[271], следует гарантировать, *при необходимости исключая или уничтожая гетерогенное*[272]. Враждебность плюрализму здесь очевидна, и сам Шмитт подтверждает ее своим радикализмом, находящим выражение в мышлении с помощью двухчленных антитез – интеллектуальном обострении, как отмечается, типичном для кризисного времени агонизирующей Веймарской республики[273]. Все же работы Шмитта характеризуются в критической литературе как противоречивые, иррациональные и даже «фундаментально непонятные», их ориентация на позицию власть

---

[268] Так, Генрих Оберройтер (Heinrich Oberreuter) начинает рассмотрение плюралистических концепций, обращаясь к антиплюрализму как предпосылке тоталитарных режимов. Идя «от обратного», он повторяет подход Карла Поппера, что выше мы уже подмечали и в отношении профессора Нуссбергер (см. подраздел 1 настоящего параграфа). Антиплюрализм претендует на абсолютную истину и воплощает это притязание при помощи производства гомогенности или уничтожения гетерогенности как в идеологической сфере, так и при необходимости в реальной жизни. См.: Oberreuter, H. Pluralismus und Antipluralismus. Op. cit. S. 13-19.

[269] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 88, 96, 119.

[270] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 119-120.

[271] См.: Mehring, R. Carl Schmitt: Denker im Widerstreit: Werk - Wirkung - Aktualität. Freiburg im Breisgau. Op. cit. S. 398.

[272] См.: Schmitt, C. Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. Berlin: Duncker & Humblot, 2017. S. 13-14.

[273] См.: Kohl, H. Pluralismuskritik in der Bundesrepublik. Zur Pluralismusdebatte // Aus Politik und Zeitgeschichte. 1970. №12. S. 18; Schmitt, C. Staatsethik und pluralistischer Staat. Op. cit. S. 33.

имущих ведет к выделению трех различных периодов его творчества[274], что открывает пространство для интерпретаций. Поэтому, не претендуя на полноту и ограничиваясь периодом до 1933 года, попробуем в соответствии с потребностями настоящей работы поставить вопрос о том, *насколько Шмитт в действительности является непримиримым врагом плюрализма?*

При ответе следует учесть несколько аспектов. Во-первых, как мы уже отмечали выше, Шмитт выступает за плюрализм на международном уровне; аргументируя в этом направлении, он пытается разоблачить Ласки и других плюралистов как сторонников монизма и универсализма, то есть занимает позицию, которой имманентно одобрение «естественного» плюрализма, нуждающемся лишь в правильном позиционировании[275]. Во-вторых, исключение гетерогенного составляет оппозицию кельзеновскому решению в пользу его сохранения, пусть даже и ценой краха демократии, но с современной немецкой концепцией *активного гарантирования плюрализма в коммуникационной сфере* первое имеет более сложные отношения: за производством разнообразия в одном аспекте следует возникновение гомогенности в каком-либо другом[276]. Как минимум, такая гомогенность возникает в связи с применением единых принципов, по которым осуществляется гарантирование плюрализма. В-третьих, частично оставаясь в традиции Гегеля[277], Шмитт учитывает различение государства и общества, которое сдерживает тотальный натиск политического: в суженном оборонительном виде и без вмешательства конституционной

---

[274] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 35-38.

[275] «Неясности и противоречия, которые можно обнаружить в плюралистических социальных теориях, *имеют причину не в плюрализме, а в неверном применении плюрализма*, который сам по себе верен и неизбежен во всех проблемах объективного духа. Потому что мир объективного духа – это плюралистический мир: плюрализм рас и народов, религий и культур, языков и правовых систем. Речь идет не об отрицании этого имеющегося плюрализма и универсалистском и монистическом насилии над ним, а скорее о его правильном позиционировании». См.: Schmitt, C. Staatsethik und pluralistischer Staat. Op. cit. S. 37-38.

[276] **Проблема образа врага в плюралистических демократиях** возникает во всей полноте не только при обсуждении концепции воинствующей демократии и концепции Поппера о врагах «открытого общества», которых оно должно отрицать, но и конституционной действительности плюралистических государств. В литературе 1990-х годов справедливо ставился вопрос о принципиальной жизнеспособности западных плюралистических демократий в условиях, когда реально перестал существовать внешний враг – социалистические государства. Различные точки зрения, представленные в капиталистическом лагере, были однообразны по критерию их антисоциалистической направленности. Таким образом, с падением соцлагеря плюралистические демократии оказались в условиях отсутствия стабилизирующего гомогенного основания. Теоретики утверждают, что такой основой могут являться ценности демократии, прав человека, правового государства и другие. Практика же показывает, что столь абстрактных образов явно недостаточно для объединения. В этом контексте изучение новых *образов врагов плюралистических демократий* с использованием познавательных схем Шмитта или современных ученых может быть крайне продуктивным. *Может ли существующий или производимый на Западе плюрализм мнений способствовать возникновению гомогенности в представлениях о его «врагах»?* Современные немецкие авторы критикуют формирование образа России как врага и среди прочего задаются вопросом, каким путем в плюралистической демократии, в частности в Германии, достигается столь высокий уровень однородности контента в медиа? Что за сила способна обеспечивать подобную гомогенность? См.: Krone-Schmalz G. Eiszeit: Wie Russland dämonisiert wird und warum das so gefährlich ist. München: Verlag C.H.BECK Literatur - Sachbuch – Wissenschaft, 2017; Hofbauer, H. Feindbild Russland: Geschichte einer Dämonisierung. Wien: Promedia, 2016.

[277] См.: Ottmann, H. Hegel und Carl Schmitt // Zeitschrift für Politik. 1993. Vol. 40. №3. S. 233-240.

юстиции у него сохраняются индивидуальные основные права[278], что создает резерв для *общественного плюрализма как условия единства государства*. Риск тоталитаризма у Шмитта возникает там, где его понимание демократии становится драйвером элиминации защищенной основными правами общественной сферы[279].

Так какой же плюрализм хочет победить Шмитт? Его непримиримость концентрируется на *плюрализме устойчиво организованных социальных комплексов* (Pluralismus der festorganisierten Komplexe) как нормативной политической теории партийного парламентаризма[280]. Их опасность для демократии, по мнению немецкого правоведа, заключается в системной парализации выработки единой, ответственной государственной воли и *тотальном* корпоративизме[281]. Современные исследователи обращаются к этим же аргументам, разрабатывая постдемократические концепции, в том числе – *перевернутого тоталитаризма*[282]. Создавшийся «плюрализм лояльностей» ведет к нестабильности конституционно-правовых категорий, которые плюралистические группы стремятся инструментализировать в своем интересе, и сводит конституцию до малоустойчивого минимума договоренностей о базовых правилах игры под угрозой опасности гражданской войны[283].

В то же время *плюрализм в сфере общественного мнения*, вероятно, кажется Шмитту более безопасным и даже необходимым в связи с меньшей степенью ее организованности[284]; сегодня, особенно на фоне данных о высокой медиаконцентрации, это убеждает куда меньше. Он подчеркивает необходимость *нейтральной силы*, независимой от партий интеллигенции, которая смогла бы задавать публичной дискуссии общий тон и, возможно, несколько упорядочивать господствующий в этой сфере естественный плюрализм[285]. Удивительно, но эта идея Шмитта крайне близка современной немецкой концепции

---

[278] См.: Meinel, F. Die Grundrechtstheorie Carl Schmitts Systematik, Wirkung und Bedeutung // Die Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 2007. №2. S. 237-262. С другой стороны, некоторые авторы указывают на системную враждебность либерализму конституционно-правовой теории Шмитта и предостерегают от попыток ее современной стилизации как теории воинствующего либерализма. См.: Reiß, T. Lässt sich Carl Schmitts Verfassungsverständnis entnazifizieren? Oder: Carl Schmitts doppeldeutiger Begriff des »bürgerlichen Rechtsstaats // Leviathan. 2019. 47(4). S. 474-497.

[279] См.: Unruh, P. Op. cit. S. 128-129.

[280] **Критерий устойчивой организованности** означает наличие у социального комплекса программы, административного аппарата, обслуживающей его интересы прессы, клиентуры, что предполагает его продолжительное существование. Шмитт придает этому критерию ключевой характер, когда отмечает, что различие между государством с устойчивой организованным плюралистическим парламентаризмом и государством с парламентом, в котором депутаты не вовлечены в подобные структуры, *может быть больше, чем между монархическим и республиканским государством.* См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung. Op. cit. S. 84-89.

[281] См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung. Op. cit. S. 88.

[282] См. Wolin, S. Democracy Incorporated: Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism. Princeton: Princeton University Press, 2008.

[283] См.: Schmitt, C. Staatsethik und pluralistischer Staat. Op. cit. S. 41; Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung. Op. cit. S. 88-91.

[284] См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung. Op. cit. S. 83.

[285] См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung: Anhang: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und Seine Stellung in der Deutschen Staatslehre. Op. cit. S. 183-184.

активного гарантирования плюрализма в коммуникационной сфере вообще и институту общественного вещания в частности, ведь обеспечение многообразия мнений и есть создание *модуса нейтральности*[286]. Как выбор законодателя или органа конституционного контроля, какие медиа и на каких условиях обязуются гарантировать плюрализм, так и решение редакции общественного вещателя о том, что предлагаемый им медиаконтент «в наибольшей степени отражает существующие в обществе мнения»[287] являются политическими, а не выводятся автоматически из коммуникационных свобод. Все существующие мнения воспроизвести невозможно, поэтому медиа приходится принимать *решение об исключении гетерогенного*. Здесь возникает не только вопрос об их достаточной легитимации, но и проблема партийного контроля за общественным вещанием, которая сигнализирует о сокрытии под эгидой гарантирования плюрализма собственных интересов сети устойчиво организованных социальных комплексов, что Шмитт и подвергал критике[288].

Таким образом, с одной стороны, бесспорно, что позиция немецкого юриста несовместима с базирующейся на автономии личности концепцией плюрализма Основного закона. С другой стороны, из этого не следует, что антиплюрализм является отправной точкой его идей; негативное отношение Шмитта к плюрализму *ситуативно обусловлено*: оно имеет корни в исторической конкретике Веймарского периода, когда гармонирующие друг другу по духу Версальский договор и Конституция 1919 года угрожали *политическому единству немцев*, ценность которого и занимает ключевое место в системе его взглядов. Плюрализм может как препятствовать, так и способствовать ее реализации. Принимая этот тезис, познавательные схемы Шмитта при анализе конституционной действительности современной Германии порой демонстрируют бóльшую продуктивность в сравнении с дескриптивно-аналитическими плюралистическими теориями, что следует оценивать не как одобрительный комплимент в его адрес, но как повод задуматься, насколько верно и внутренне согласовано самоописание современной ФРГ как *плюралистической парламентской демократии*.

5. В Боннской республике на первый план выходят не персоналии, а коллективы – *научные школы*, наследующие дискурсивные линии Веймарского периода. Обобщая многообразие послевоенного времени, обратим внимание на два основных академических

---

[286] Так, согласно предложению 2 абзаца 1 §26 MStV *«общественные вещатели в своих программах должны предоставлять всесторонний обзор международных, европейских, национальных и региональных событий во всех ключевых сферах жизни»*. Согласно предложению 1 абзаца 2 этого же параграфа *«общественные вещатели обязаны при выполнении своей задачи поддерживать конституционный порядок и соблюдать журналистские стандарты, в особенности направленные на обеспечение независимой, объективной, правдивой и всесторонней информации и сообщений, а также уважать личные права»*.

[287] ФКС, указывая на служащий характер свободы вещания, обеспечивающей свободный индивидуальный и массовый процесс образования мнения, отмечает, что коммуникационные свободы подразумевают позитивное обязательство законодателя по *созданию правового порядка, который бы гарантировал максимально возможно полное и широкое представление всех существующих мнений в вещании*. См.: BVerfGE 158, 389 (416-417).

[288] О проблемах системы общественного вещания Германии см. подраздел 9 §1.4.

направления – Школа Шмитта (Schmitt-Schule)[289] и Школа Сменда (Smend-Schule)[290], которые объединяют выдающихся интеллектуалов. Не только этатизм и конституционализм находят отражение в этих *академических партиях*, но и другие различения приобретают для них значение, например: католичество и протестантизм[291], правая и левая политическая ориентация[292], национальная государственность и трансатлантическая интеграция[293]. Школы продолжают вести *спор о плюрализме*, но с учетом реалий Ялтинско-Потсдамской системы международных отношений и послевоенного расширения социального государства, которые производят на них разнонаправленный эффект.

---

[289] **Школа Шмитта** включала таких государствоведов, как *Эрнст Форстхофф, Эрнст Рудольф Хубер, Вернер Вебер, Роман Шнур, Эрнст Вольфганг Бёкенфёрде, Йозеф Кайзер, Гельмут Кварич, Ганс Шнайдер, Теодор Маунц, Ганс Петер Ипсен, Йозеф Изензее* и других. Оговоримся, что в данном перечислении мы не выделяем поколения школы, а также причисляем к ее составу несколько самостоятельных фигур, демонстрирующих, однако, персональную и идейную близость школе. Кроме того, для нашего рассмотрения не столь важно, что отношения членов коллектива с Карлом Шмиттом с течением времени изменялись; возникающие в этой связи споры о справедливости причисления к его школе тех или иных фигур оставим историкам. Принципиальное же значение имеет то, что школа являлась не формальной группой, а *реальным коллективом, работающим по сетевому принципу* и настроенным на синхронное продвижение своих идей. *Основным местом* действия школы длительное время был Гейдельбергский университет. Как отмечается, тесная кооперация внутри школы может объясняется весьма критическим ее восприятием со стороны большинства конституционалистов, что порой негативно отражалось на научных карьерах членов коллектива. Но причиной тому были не только идеи, порой сложно совместимые с действующим Основным законом, но и фактическая вовлеченность в сотрудничество с режимом национал-социализма. *Базовым трудом* школы является учение о конституции Карла Шмитта (см.: Schmitt, C. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2017). В 1962 году *участники школы инициировали издание журнала «Государство»* (Der Staat), чтобы создать альтернативный полюс мнений, выступающих за сохранение государства как одного из важнейших гарантов свободы. См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 112-158.

[290] **Школа Сменда** объединяла таких конституционалистов, как *Конрад Хессе, Герхард Лейбгольц, Ульрих Шойнер, Хорст Эмке, Вильгельм Хеннис, Петер Хеберле, Фридрих Мюллер, Мартин Морлок* и других. Поскольку школа Сменда фактически являлась официальной доктриной ФРГ, включение в состав коллектива всех идейно близких ученых, в том числе политологов, сделало бы перечисление труднообозримым. Школа Сменда также работала по сетевому принципу и способствовала карьерному продвижению своих участников. Некоторые из членов научного коллектива также сотрудничали с национал-социализмом, а сам Рудольф Сменд в октябре 1945 года стал одним из подписантов Штутгартской декларации о виновности (Schulderklärung der evangelischen Christenheit Deutschlands), признающей соучастие немецких евангелистов в преступлениях национал-социализма. *Основным местом* действия школы сначала был Гёттингенский университет, затем – Университет Фрайбурга. Как указывается, работа Сменда «Конституция и конституционное право» (Smend, R. Verfassung und Verfassungsrecht. München: Duncker & Humblot; 1928) не подходила на роль базового труда школы из-за ее весьма сложного языка. Кроме того, в своих этатистских аспектах она утратила актуальность. Поэтому *фундаментальной для коллектива стала книга Хессе* по основам конституционного права (Hesse, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1967). *Участники школы возродили издание журнала «Архив публичного права»* (Archiv des öffentlichen Rechts), который стал форумом для продвижения их идей. См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 159-190.

[291] Так, в литературе отмечается, что, *с одной стороны*, этатистские представления о демократическом представительстве, цепочках легитимации, догосударственных основных правах соответствуют иерархическим структурам католической церкви, принципу апостольского преемства и христианской интерпретации достоинства личности. *С другой стороны*, евангелическая традиция продолжается в гармонизме Хессе; об этом же свидетельствует и разработанный им принцип практической гармонии (Prinzip der praktischen Konkordanz). Интеграционная теория Сменда соответствует протестантской этике. *В целом, однако, неверно было бы говорить об устойчивой зависимости религиозных направлений и академических школ в государственном праве ФРГ*; и конституционализм, и этатизм содержат множество религиозных отсылок и мифов, привязку которых к конкретному религиозному направлению определить непросто. См.: Michael, L. §3 Konzeptionen und Methoden einer auf Staat und Verfassung bezogenen Rechtswissenschaft. Op. cit. Rn. 46-51.

[292] Ibid. Rn. 38.

[293] См.: Nix, A. Op. cit. S. 110-112; Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 127.

С одной стороны, школа Шмитта существенно смягчает свои позиции; ее основные черты – децизионизм, этатизм, экзистенциальное понимание представительства, буржуазно-либеральная интерпретация конституции в категориях XIX столетия, неприятие социального государства законодательства и полемический образ ведения научной дискуссии – с большей или меньшей степенью искренности были сглажены или замаскированы из-за несоответствия британским и американским плюралистическим концепциям, которые теперь подлежали воплощению в послевоенной ФРГ[294]. Одна из ключевых фигур школы Шмитта Эрнст Вольфганг Бёкенфёрде перерабатывает взгляды своего старшего друга и учителя в либеральном ключе и адаптирует их к плюралистическому конституционному порядку Основного закона[295], примиряясь с модерном и признавая автономию личности[296], но продолжая настаивать на необходимости сохранения сильного государства; последнее в новой реальности уже не могло быть самоцелью, поэтому Бёкенфёрде функционализирует его как стоящего над обществом ключевого гаранта индивидуальной и политической свободы[297]. Выход государства за пределы своего функционала предотвращается при помощи наследуемого от Гегеля дуализма государства и общества, который Бёкенфёрде признает актуальным в современных условиях[298] и соблюдает даже когда речь заходит о, по

---

[294] Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 115-125.

[295] См.: Böckenförde, E-W., Gosewinkel, D. Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. 1. Aufl. Berlin: Suhrkamp, 2011. S. 486. Цит. по: Hong, M. Böckenförde, der Ausnahmezustand und Carl Schmitt: Was Böckenförde von Schmitt gelernt hat – und was Schmittianer von Böckenförde lernen sollten, VerfBlog, 2019/5/09. URL: https://verfassungsblog.de/boeckenfoerde-der-ausnahmezustand-und-carl-schmitt-was-boeckenfoerde-von-schmitt-gelernt-hat-und-was-schmittianer-von-boeckenfoerde-lernen-sollten/ (accessed: 30.07.2024).; Günther, F. Etatistischer Nachklang. Ernst-Wolfgang Böckenförde und die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, VerfBlog, 2019/5/06, URL: https://verfassungsblog.de/etatistischer-nachklang-ernst-wolfgang-boeckenfoerde-und-die-bundesdeutsche-staatsrechtslehre/ (accessed: 30.07.2024).

[296] См.: Mehring, R. Carl Schmitt und die Verfassungslehre unserer Tage // Archiv des Öffentlichen Rechts. 1995. Vol. 120. №2. S. 195–200.

[297] Как отмечается, в логике Бёкенфёрде именно благодаря *концентрации и централизации власти* появляется государство, гарантирующее свободу гражданам и обществу. Эту идею весьма просто достроить, предположив, что *плюрализация государства* приведет к исчезновению этой свободы. См.: Köppe, O. Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft: Ambivalenzen der Verfassungstheorie Ernst-Wolfgang Böckenfördes // Kritische Justiz. 1997. Vol. 30. № 1. S. 46.

[298] **Важность сохранения дуализма государства и общества в современных условиях** обсуждается в литературе. Оговоримся, что это разделение, вероятно, всегда являлось *юридической фикцией*, поэтому аргументы о *фактическом переплетении* государства и общества не убеждают в необходимости устранения такого дуализма на конституционно-правовом уровне: имея нормативную силу и формальное выражение в различных детализирующих принципах, названный дуализм вновь проявится и в конституционной действительности. *Иными словами, аргументация, отвергающая дуализм государства и общества на основании их фактического переплетения сравнима с попыткой отменить принцип разделения властей из-за тесного практического взаимодействия последних*. С теоретической точки зрения в литературе в поддержку позиции Бёкенфёрде выделяется ряд причин, в силу которых обособленное существование государства представляется необходимым. *Во-первых*, даже в условиях распространения сетевых структур управления и координации государство остается важнейшим игроком, способным нести окончательную политическую ответственность и гарантировать порядок, который не может произвести самоорганизующееся общество. *Во-вторых*, от государства в силу нормативной направленности его действий на общее благо можно в большей степени ожидать выполнения этой цели, чем от институтов гражданского общества (некоммерческих организаций или общественных движений), которые куда слабее связаны публичным интересом. *В-третьих*, государство как гарант равенства, свободы и безопасности производит *демократическую легитимацию*, отсутствие которой не могут компенсировать общественные структуры. *В-четвертых*, только государство обладает необходимыми ресурсами для сглаживания *социального неравенства*, возрастающего в результате использования индивидуальной свободы. *В-пятых*, дуализм государства и общества гарантирует индивидуальную свободу, поскольку общественная власть *непосредственно* не трансформируется во власть государственную; иными словами, общество в

его мнению, необходимой для существования государства *относительной гомогенности общества*[299]. Поскольку совпадение общества с государством ведет к тоталитаризму, конституция по Бёкенфёрде должна устанавливать ограничивающий вмешательство в свободу и собственность *рамочный порядок* (Rahmenordnung), но не определять все основы человеческого общежития[300]. Иными словами, если оковы конституционализма будут затянуты слишком туго, они быстрее разорвутся, когда того потребуют кризисные обстоятельства (The Publius Paradox)[301]. В то же время Бёкенфёрде соглашается с тем, что социальное неравенство не может трансформироваться в несвободу, тем самым, пусть и осторожно, признавая принцип социального государства[302] и этим совершая еще одну уступку изменившейся действительности. Следующие отсюда противоречия, в особенности слепота его учения к властным структурам внутри общества с одновременным принятием социального государства[303], являются ценой компромиссного характера теории Бёкенфёрде, которой, однако, удалось сохранить самобытность по отношению к плюралистическим англо-американским концепциям конституционализма[304].

С другой стороны, школа Сменда усиливается в своем плюрализме и достигает пика к 1960-м годам. Содержательная нейтральность интеграционной теории Сменда в послевоенный период обратилась преимуществом, поскольку облегчила ее *вестернизацию*. Так, из его учения были удалены антидемократические и антилиберальные элементы, враждебные отрицающему дуализм государства и общества плюрализму *западно-трансатлантического провенанса*[305]. В остальном, благодаря протагонисту этого направления Конраду Хессе, произошло смещение акцентов: государство как центр интеграции вытеснялось на задний план обществом; интеграционная функция *медиализировалась* не только политическими партиями и союзами, но также распылялась и

условиях дуализма не может сделать любой вопрос предметом своего политического решения, соответственно, демократическое участие не будет осуществляться за счет уменьшения сферы индивидуальной свободы. *В-шестых,* государство остается незаменимым гарантом безопасности. См.: Depenheuer, O. Staat und Gesellschaft // Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft: in 5 Bänden. 8. Aufl., Bd. 4. Freiburg; Basel; Wien: Herder, 2020.

[299] См.: Mangold, A. Das Böckenförde-Diktum, VerfBlog, 2019/5/09, URL: https://verfassungsblog.de/das-boeckenfoerde-diktum/ (accessed: 30.07.2024); Fermor, H. Religion, Staat, Verfassung bei E.-W. Böckenforde. Georg-August-Universität Göttingen, 2024. Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 27. S. 17-18. URL: https://doi.org/10.47952/gro-publ-192 (accessed: 30.07.2024); Böckenförde, E-W. Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart // Aus Politik und Zeitgeschichte. 1971. №49. S. 3-17.

[300] См.: Reese, B. Op. cit. S. 139-234; Mangold, A. Op. cit.

[301] См.: Hong, M. Op. cit.

[302] См.: Mangold, A. Op. cit.

[303] См.: Köppe, O. Op. cit. S. 52-57.

[304] См.: Günther, F. Etatistischer Nachklang. Ernst-Wolfgang Böckenförde und die bundesdeutsche Staatsrechtslehre. Op. cit.

[305] См.: Stolleis, M. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost, 1945 – 1990. München: Beck, 2012. S. 356-360; Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 234-235. Так, Эмке считал *дуализм государства и общества главной проблемой немецкой государственно-правовой науки*. По его мнению, эти категории неспособны решить проблемы современного конституционного права и должны быть заменены англо-американскими понятиями *government* и *civil society*. Günther, F. Op. cit. S. 238.

между конституцией, общественным мнением, ФКС и федеральным президентом[306]. Нельзя сказать, что оригинальное учение Сменда 1928 года приходило в принципиальное противоречие с его послевоенной интерпретацией: поверхностное *примирение категорий интеграции и плюрализма,* которые в Веймаре еще казались противоположными и по своему содержанию, разумеется, остались таковыми, удалась за счет имманентной смендовской теории *динамичности*, значение которой для плюрализма мы уже оценили выше[307]. Таким образом, интеграция стала трактоваться более открыто и антагонистически как ситуативный, преходящий результат борьбы плюралистических групп на фундаменте правового и социального государства[308]. Иными словами, результат борьбы принимался за равновесие, то есть *гармонию*, которая, в свою очередь, сигнализировала об интеграции.

В то время как школа Шмитта оставалась в оппозиции, школа Сменда, которую также справедливо обозначать как *плюралистическая*, во многом за счет деятельности в составе ФКС Хессе и Герхарда Лейбгольца (Gerhard Leibholz) уже в 60-е годы стала *официальной конституционно-правовой доктриной Германии*[309]. Поскольку на смену негативному отношению к политическим партиям и союзам в большей или меньшей степени приходило признание, а государство под их давлением теряло характер нейтрального политического единства[310], высвободившаяся критическая энергия школы Сменда сосредотачивалась на *плюрализации конституционно-правовой догматики*. Сообразно цели изучения действующего коммуникационного порядка ФРГ ограничимся здесь тремя линиями сравнения, по которым следует проследить различия школ: *интерпретационной, институциональной и политической.*

Проводя сравнение по линии *конституционной интерпретации*, следует зафиксировать ее открытый, экстенсивный характер в доктрине и практике представителей плюралистической школы, что находит отражение в их ценностном мышлении, широком применении методов взвешивания, соразмерности и практической гармонии, выступающими драйверами создания материальной конституционно-правовой теории и права[311]. *Гармонизм* – тематическая красная нить, проходящая через все интеллектуальное наследие школы Сменда[312]. Впрочем, за изящными словесными формулами о примирении

---

[306] См.: Stolleis, M. Op. cit. S. 358. Интеграционная риторика стала активно перениматься и ФКС, который признавал интеграционную роль и интеграционные задачи политических партий, выборов, общественное мнение. См., например: BVerfGE 5, 85 (388); BVerfGE 12, 296 (306); BVerfGE 6, 84 (93); BVerfGE 8, 104 (113). Цит. по: Stolleis, M. Op. cit. S. 359.

[307] См. подраздел 4 настоящего параграфа.

[308] См.: Stolleis, M. Op. cit. S. 366.

[309] См.: Ooyen, R van. Viel Smend (und auch Schmitt), wenig Kelsen: Zur Rezeption in der deutschen Staatsrechtslehre. Op. cit. S. 221-222.

[310] См.: Stolleis, M. Op. cit. S. 360, 368.

[311] См.: Michael, L. §3 Konzeptionen und Methoden einer auf Staat und Verfassung bezogenen Rechtswissenschaft. Op. cit. Rn. 89-91.

[312] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 35, 174.

нормы и действительности скрывалась столь разрушительная для нормативного характера конституции сила, что в послевоенный период теория Сменда подверглась, на наш взгляд неудачной, *нормативистской реинтерпретации*[313]: его недовольство Веймарской конституцией не должно было стать причиной ослабления Основного закона. Тем не менее, именно результатом деятельности плюралистической школы является доминирование *объективного толкования* и *казуистичности* при интерпретации ФКС действующей конституции[314]. Эффекты от применения этого инструментария выходят за рамки конституционного права: не только интерпретация Основного закона, но и метод толкования обычного законодательства подвергается их «конституционализирующему» воздействию. Столь сильная изоляция теории и практики от текста Основного закона, главным образом, связывается с необходимостью компенсировать дефицит его легитимации, но она же таит риски *«анархического» методологического плюрализма*[315], который ведет не только к отказу от нормативного характера конституции и в итоге к деформализации права в целом, но и вредит конституционно-правовой науке[316], стирая различия между полемической статьей в журнале и постановлением конституционного суда. Этому пыталась противодействовать школа Шмитта, где умеренную позицию занимал Бёкенфёрде, предлагая ограничить непосредственное действие конституционных норм минимумом в соответствии с присущим Основному закону рамочным характером, а более абстрактные положения признать нуждающимися в законодательной конкретизации, и одновременно с этим не отказываться, но сократить масштабы и глубину применения принципа соразмерности[317]. Иными словами,

---

[313] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 166-174. Амбивалентную попытку подобной переориентации теории Сменда на большее уважение к конституционному тексту можно найти у Хессе. *С одной стороны,* Хессе, в отличие от Сменда, чаще говорит о тексте как нормативной границе конституционной интерпретации. Открытый характер последней не должен инструментализироваться против однозначных формулировок, например, регламентирующих различные конституционные процедуры, а также не может способствовать преодолению материального содержания Основного закона. *С другой стороны,* Хессе, как и Сменд, ставит действительность конституции под условие ее непрерывной актуализации и конкретизации. Кроме того, большинство конституционных норм, в особенности основные права, сформулированы предельно абстрактно, поэтому их ограничительное значение для конституционной интерпретации невелико. На наш взгляд, отличие подхода Хессе от теории Сменда лишь в том, что первый *риторически* проявляет большее уважение к тексту Основного закона, чем это имело место в отношении Сменда к Конституции 1919 года. Иными словами, идея постоянной оптимизации (гармонизации) конституционной нормы и действительности как ключевая черта школы Сменда *принципиально несовместима* с убедительно строгой конституционной интерпретацией. Подход Хессе сводится к тому, чтобы акцентировать внимание на *стабильности нестабильного*, а не на *нестабильности стабильного*, как это ранее делал Сменд. Если взглянуть с этих позиций на современную статью Дитера Гримма, анализирующего подходы Хессе, представленный в ней весьма запутанный набор категорий и аргументов окончательно лишится убедительной силы. См.: Grimm, D. Offenheit als Leitmotiv im Verfassungsverständnis von Konrad Hesse // Archiv des Öffentlichen Rechts. 2019. Vol. 144. № 3. S. 457-466; Hesse, K. §1 Verfassung und Verfassungsrecht // Benda, E. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1994. Rn. 15-18.

[314] См.: Michael, L. §3 Konzeptionen und Methoden einer auf Staat und Verfassung bezogenen Rechtswissenschaft. Op. cit. Rn. 89-91.

[315] Ibid. Rn. 92-97.

[316] См.: Schlink, B. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit // Der Staat. 1989. 28(2). S. 161–172.

[317] См.: Reese, B. Op. cit. S. 152-156, 192-194.

предлагалось в первую очередь мыслить от правил (Regeldenken), а не от принципов (Prinzipiendenken), то есть сберегать иерархию правового порядка, опорное звено которой образует законодательство[318]. Более радикальную позицию занимал Форстхофф, убеждая в необходимости толковать Основной закон *как закон*, то есть применять к нему только формально-логический метод толкования[319].

Для нашего рассмотрения вопросы интерпретации приобретают важность, прежде всего, в связи с основными правами. Снижение роли немецкого государства как политического единства компенсировалось политизацией общественной сферы, в которой первостепенное значение приобретали коммуникационные свободы. Не будет преувеличением утверждать, что реинтерпретация школой Сменда основных прав была затеяна, главным образом, в связи с необходимостью усилить контроль за коммуникационной сферой[320]. Лучшим решением Хессе и Хеберле видели *функционализацию* основных прав, то есть их расширительное толкование с точки зрения принципов равенства, демократии и социального государства для упорядочивания общественной сферы[321]. Хессе полагал, что противопоставление индивидуальной и

---

[318] См.: Böckenförde, E-W. Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik // Neue juristische Wochenschrift. 1976. S. 2089-2099.

[319] «**Преобразование конституционного закона» –** одна из ключевых статей Форстхоффа, в которой он критикует изменения Основного закона, предпринимаемые без затрагивания его текста в ходе конституционной интерпретации. По его мнению, придание методу толкования Основного закона *интеграционной и ценностной логики* в духе Сменда имеет следствием разрушение *иерархии правового порядка,* поскольку текст правовой нормы перестает быть основным фактором, придающим ей содержание и внутреннюю согласованность с другими нормами, а на его место приходят внешние по отношению к праву источники аргументов. Эта проблема осложняется *двойственностью*: с одной стороны, например, в области основных прав применяется экстенсивная интерпретация, признается горизонтальный эффект основных прав, который Форстхофф квалифицирует как беспрецедентное интерпретационное изменение Основного закона, с другой стороны, в других областях (например, нормы о Бундестаге, Бундесрате, федеральном правительстве и президенте) сохраняется классический стиль толкования. Сосуществование этих двух методов не представляется автору возможным, поскольку динамическое истолкование *по своей сути непримиримо* с методами формально-логической интерпретации. В результате конституционное право подвергается деформализации, государство приобретает характер юрисдикционного при доминировании ФКС как политического органа, а Основной закон становится открытым. Последнее Форстхофф, в отличие от Хессе, оценивает негативно: открытость означает нестабильность и казуистичность – то, как должно действовать конституционное право, становится понятно только в конкретном случае. При такой интерпретации неизбежно возникают конфликты между абстрактными принципами (демократического, правового и социального государства). Поэтому необходимо возвращение к классическому искусству интерпретации, развитому в XIX веке. При этом в требовании истолкования конституции как закона Форстхофф расходился с Бёкенфёрде, который в силу лапидарности конституционных норм признавал их особый характер. Таким образом, «легалистская» позиция Форстхоффа подвергалась критике и являлась редкостью даже для школы Шмитта. См.: Forsthoff, E. Die Umbildung des Verfassungsgesetzes // Barion, H. (Hrsg.) Festschrift für Carl Schmitt: zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern. 3., unveränd. Auflage. Berlin: Duncker und Humblot, 1994. S. 35-62.

[320] Именно коммуникационные свободы находились в центре внимания ранней практики ФКС, где судом апробировался новый подход к интерпретации основных прав. Можно утверждать, что подходы школы Сменда были применены ФКС к коммуникационным свободам в полном объёме. Прежде всего, примером является дело Люта, посвященное проблематике свободы выражения мнения (BVerfGE 7, 198). Для области прессы показательно дело Шпигеля (BVerfGE 20, 162), а для вещательной сферы – первое вещательное решение (BVerfGE 12, 205). См. подробнее: Fechner, F. Entscheidungen zum Medienrecht. Op. cit. S. 178-184, 253-263, 285-293.

[321] Так, Хессе, анализируя функции основных прав, указывает на их *многослойность* (или плюралистичность), которая выходит даже за рамки дуализма индивидуально-субъективного и объективно-правового измерений основных прав. Характерный для Хессе *гармонизм* проявляется здесь в том, что он не видит потенциала противопоставления различных функциональных слоев основных прав друг другу, а указывает на их взаимодополняющий и

политической свободы является недостатком немецкой теории, который должен быть устранен в пользу англосаксонского видения демократии: как и политические партии, коммуникационные свободы становились *посредниками* между народом и правительством, приобретали *институциональное* или *объективно-правовое измерение*[322], из которого в том числе выводилось позитивное обязательство государства гарантировать плюрализм в сфере коммуникации[323].

Школа Шмитта небезосновательно видела в этом попытку релятивировать классическое значение основных прав как гарантий государственного невмешательства посредством гипертрофирования и противопоставления ему социальных, демократических, функциональных или институциональных компонентов, и потому настаивала на их строгой индивидуально-субъективной интерпретации[324]. Бёкенфёрде, аргументируя в пользу негативного аспекта свободы в близком Исайе Берлину стиле, подчеркивает значимость *свободы как таковой* (Freiheit schlechthin), которая оказывается под угрозой, когда ее реализация ставится в зависимость от общественно-полезной цели[325]. Но и здесь Бёкенфёрде демонстрирует готовность к компромиссам: с одной стороны, в отличие от Шмитта он соглашается с тем, что коммуникационные свободы не индивидуальные, а политические основные права сообразно их роли в процессе формирования народной воли, но, с другой стороны, он не выводит из этого обстоятельства дополнительное, объективно-правовое содержание основных прав: демократическое значение коммуникационных свобод и так проявляется через их индивидуальную реализацию[326]. Его концепцию мы интерпретируем следующим образом: принципы демократии, равенства и социального государства могут в ограниченном объеме использоваться для *политического* законодательного оформления

взаимоусиливающий характер. Основные права, таким образом, понимаются как сходные с государственными целями объективные принципы, действующие на весь правовой порядок. См.: Hesse, K. §5 Bedeutung der Grundrechte // Benda, E. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1994. Rn. 13-23. В этом же направлении аргументирует Хеберле: Häberle, P. Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat – Das Beispiel des deutschen Grundgesetzes // Archiv des öffentlichen Rechts. 1989. Vol. 114. № 3. S. 377-382. См. подробнее также §1.4.

[322] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 249-250; Hesse, K. §5. Bedeutung der Grundrechte. Op. cit. Rn. 24-27.

[323] См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit // Benda Benda, E. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1994. Rn. 60-61; Kühling, J. GG Art. 5. // Gersdorf, H., Paal, BP. (Hrsg.) BeckOK Informations- und Medienrecht. 46. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 13-18.

[324] Проведение различий между перечисленными компонентами объективно-правового измерения, являющихся продуктами различных теорий основных прав, имеет мало смысла, ведь все они так или иначе свидетельствуют о *широком понимании основных прав*, в то время как классическое индивидуально-субъективное измерение основных прав отражает их *узкую интерпретацию*. Кажется, Бёкенфёрде тоже аргументирует в этом направлении, но в литературе выдвигаются замечания об упрощении дискуссии. Они отчасти справедливы, поскольку Бёкенфёрде сужает категорию свободы до ее негативного аспекта, но едва ли относимы к критике интерпретации основных прав ФКС, ведь социальное измерение свободы может быть эффективно гарантировано и вне области основных прав. См.: Böckenförde, E-W. Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik // Der Staat. 1990. Vol. 29. № 1. S. 21. Цит. по: Reese, B. Op. cit. S. 158.

[325] Ibid.

[326] См.: Köppe, O. Op. cit. S. 60-62.

коммуникационного порядка, но оно не должно производиться на уровне основных прав, ведь в ином случае коммуникационные свободы станут гарантией от государственного вмешательства и основанием для него *одновременно*[327].

Институциональная линия сравнения включает два уровня: национальный и наднациональный. На первом уровне концепция конституционной интерпретации школы Сменда ведет к существенному усилению значения ФКС, однако, эта связь в равной степени справедлива и в обратном порядке[328]. Здесь стоит сделать важную оговорку: широкие полномочия конституционной юстиции сами по себе не означают ее *политическую субъектность*; применительно к Германии их скорее следует рассматривать как результат ограничения суверенитета страны западными союзниками и гарантию его непреодоления парламентским путем[329]. Рудольф Сменд, считая широкую компетенцию суда достижением, в праздничной речи по случаю 10-летнего юбилея ФКС отмечал: *«Основной закон теперь действует практически так, как его интерпретирует Федеральный конституционный суд, и литература комментирует его в этом смысле»*[330]. Современные исследователи, более объективно оценивающие деятельность ФКС, видят в этой по-прежнему актуальной констатации не столько достоинство, сколько проблему: *«предлагаемый Кельзеном конституционный суд толкует конституцию настолько материально экстенсивно и динамически, как того требовал научный оппонент Кельзена Сменд, от чего всегда предостерегал Карл Шмитт»*[331].

Столь серьезная роль суда требует, во-первых, соответствующего уровня легитимации, дефицит которой наблюдается не только у ФКС, но и в силу исторических

---

[327] В этом же направлении см.: Rusteberg, B. Theorie, Interpretation und Dogmatik der Grundrechte bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, VerfBlog, 2019/5/06. URL: https://verfassungsblog.de/theorie-interpretation-und-dogmatik-der-grundrechte-bei-ernst-wolfgang-boeckenfoerde/ (accessed: 24.09.2024).

[328] Тесную взаимосвязь между разделением властей и устанавливаемым вследствие него компетенционным порядком и методом интерпретации основных прав подчеркивал и Бёкенфёрде. Критики замечают, что Бёкенфёрде *преимущественно* рассматривал основные права как негативные компетенционные нормы, от толкования которых зависит организационная структура государства. В этом внимании к политическим эффектам основных прав на макроуровне хорошо прослеживается его принадлежность к школе Шмитта. См.: Böckenförde, E-W. Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. Op. cit; Reese, B. Op. cit. S. 160-161. В пользу продуктивности перспективы Бёкенфёрде говорят и современные исследования, признающие превышение полномочий ФКС в связи с исчезновением границ конституционной интерпретации и констатирующие неэффективность существующих концептов ограничения его власти (судебная сдержанность, доктрина политического вопроса, функционально-правовые ограничения и правовая догматика). См.: Hirzel, D. Macht und Methode: Kompetenzgrenzen des Bundesverfassungsgerichts im Wandel der Zeit. Berlin: Duncker & Humblot, 2023. S. 228-230.

[329] Сильная конституционная юстиция являлась важным фактором ограничения немецкого суверенитета. Необходимость учреждения ФКС была отмечена еще Херренкимзейским конституционным съездом 1948 года. Конституционный суд должен был выступать в роли «гаранта конституции» вместо федерального президента, сильные полномочия которого трактовались как конструкционная ошибка Конституции 1919 года. См.: Roellecke, G. §67 Aufgaben und Stellung des BVerfG im Verfassungsgefüge // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg: Müller, 2005. Rn. 40; Mußgnug, R. §8 Entstehen der Bundesrepublik // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. Rn. 42-44.

[330] Smend, R. Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. 3rd ed. Berlin: Duncker und Humblot; 1994. S. 582.

[331] Michael, L. §3 Konzeptionen und Methoden einer auf Staat und Verfassung bezogenen Rechtswissenschaft. Op. cit. Rn. 29.

причин у самого Основного закона, и, во-вторых, согласования роли суда с другими конституционными органами, которое в любом случае потребует выхода за рамки конституционного текста. Эта проблема была понятна и самому Сменду[332], но наиболее яркий, иллюстративный пример ее решения предложил Хеберле в своей концепции *открытого общества конституционных интерпретаторов*. Ее суть сводится к тому, что для ФКС создается мощный источник легитимации и одновременно ограничивающий фактор (ведь размытая школой Сменда догматика более не была способна дисциплинировать суд) в виде плюралистических групп, в основном политических партий и медиа, который затмевает как легитимацию, так и функцию парламента и ставит на его место суд особого рода в качестве медиатора между открытым обществом и конституцией[333]. Очевидно, что идея Хеберле явно противоречит детализирующим правовое государство организационным принципам, в особенности разделению властей абзаца 2 статьи 20 Основного закона[334]. Но куда как важнее то, что при такой постановке вопроса свой нейтральный, определенный и стабильный характер теряет сама конституция: *в ее интерпретации без ясных правил игры непосредственное участие принимают плюралистические группы, для которых она и должна устанавливать правила игры*. Иными словами, они становятся судьями в собственном деле. В результате конституция, с одной стороны, резко расширяется по охвату материальных норм, с другой стороны, столь же быстро она теряет нормативную силу, ведь весь этот объем правил становится легко изменить, провозгласив «новую конституционную действительность». Именно от такой *политизации юстиции* или *юридизации политики* предостерегали Карл Шмитт и многие другие государствоведы[335]. В послевоенный период,

---

[332] Smend, R. Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. Op. cit. S. 584-586.

[333] **Открытое общество конституционных интерпретаторов,** таким образом, переводит политический процесс из русла парламентской и законодательной процедуры в рамки конституционной интерпретации. Это, в свою очередь, предполагает отказ от классических методов толкования и существенное расширение круга его участников. Среди последних Хеберле называет не только участников процесса, три ветви власти, но и лоббистов, экспертов, партии, союзы, представленную медиа общественность, церкви, театры, издательства, конституционно-правовую науку и других. О том, что конституционному праву в открытом обществе конституционных интерпретаторов Хеберле отводит весьма незначительную роль, говорит как большое количество релятивирующих его значение иных «субъектов», так и затруднения профессора с определением функции и места конституционного права в этой системе. И сам ФКС, по логике Хеберле, играет подчиненное значение: он не может в одностороннем порядке установить желаемую интерпретацию вопреки мнению открытого общества, ведь в противном случае через институты особого или общественного мнения его авторитет может быть поставлен под сомнение. Даже степень глубины проверки судом той или иной нормы ставится в зависимость от внимания к ней плюралистической общественности. Хеберле отдельно подчеркивает преимущества участия субъектов основных прав в их интерпретации, в том числе обращаясь к роли института прессы в толковании коммуникационных свобод. Иными словами, ученый своей концепцией вводит *параллельный* парламентскому представительству институт, который в отличие от первого, в достаточной степени процедурализированного, практически не позволяет узнать, *какая из общественных сил внесла решающий вклад в признание конкретной конституционной интерпретации*, маскируя это влияние абстрактными фигурами открытого общества или общественного мнения. Исходя из позиции Хеберле, такие поиски и вовсе напрасны, ведь открытый процесс конституционной интерпретации характеризуется спонтанностью и «отсутствием дирижеров». См.: Häberle, P. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation // JuristenZeitung. Vol. 30. №10. 1975. S. 297–305.

[334] В этом же направлении см.: Forsthoff, E. Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. Op. cit. S. 58-60.

[335] См.: Kluckert, S. §40 Das Verfassungsgericht – das BVerfG // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 7-10.

однако, критика подобного рода смягчилась, но не исчезла: так, принципиально соглашаясь с необходимостью конституционной юстиции, Бёкенфёрде продолжал настаивать на сохранении активной роли законодателя и недопущении юрисдикционного государства (Jurisdiktionsstaat)[336]. Примечательно, что в Веймарский период этатисты подвергали парламентаризм критике, но во время Боннской республики он стал для них меньшим злом, чем конституционно-судебный позитивизм.

Если само создание ФКС явно совпадает с идеями школы Сменда, институционально стирая барьеры между государством и обществом, то принимаемые им решения могут и зачастую не укладываются в ее парадигму. Радикальные плюралисты современности видят в этом непобежденный этатизм, после 60 лет работы суда полемически задавая вопрос, не является ли ФКС авторитарным суррогатом свергнутого кайзера[337]. Надо понимать, что *на тактическом уровне* суд действительно может отклоняться от плюрализма как нормативной политической позиции, но *на стратегическом (институциональном, методологическом) уровне* суд однозначно остается в рамках плюралистической школы. В этом легко убедиться, обратившись к мнению профессора Фосскуле: экс-председатель ФКС указывает, что в основе деятельности ФКС *не лежит никакая государственно-правовая теория*: «Суды не разрабатывают теории. Они предоставляют правовую защиту и разрешают конкретные случаи»[338]. Фосскуле, однако, отстаивая нейтральность конституционной юстиции, упускает

---

[336] См.: Böckenförde, E-W. Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik // Der Staat. 1990. Vol. 29. № 1. S. 29-31; Rusteberg, B. Op. cit.

[337] **Критика ФКС со стороны плюралистов**, как правило, происходит по трем основным направлениям. *Во-первых*, ФКС ставится в вину, что он занимает в конституционной интерпретации не модерирующую, а авторитарную роль и выдает собственную позицию за позицию плюралистического открытого общества, в действительности не обращаясь к нему за советом. Суд, таким образом, обеспечивает собственный децизионизм, с помощью «барочного богатства формул» выдавая политические вопросы за правовые и скрывая их альтернативный характер. Последний, однако, то и дело выходит на поверхность, когда случаются конфликты между сенатами или публикуются особые мнения. Кроме того, позиция ФКС, по мнению критиков, подозрительно часто совпадает с линией парламента и правительства, и даже в европейских делах, где суд традиционно использует критическую риторику, его решения практически никогда не препятствовали интеграции. *Во-вторых*, ФКС «оживляет» частым использованием такие категории как народ, народная воля, народная демократия, государство, суверенитет, поддерживая дуализм государства и общества и затрудняя тем самым «современное», «открытое» понимание политики. *В-третьих*, критика связывается с конкретными судьями-этатистами (например, Бёкенфёрде, в вину которому ставится поддержка антиплюралистической «народной демократии» или Паулем Кирххофом, стремящимся онтологизировать государство), недостаточно плюралистичным составом суда (отсутствие мигрантов, женщин и так далее), политическим решениям ФКС по конкретным делам (например, затрудняющих приток мигрантов в ФРГ). См.: Ooyen, R van. 60 Jahre Bundesverfassungsgericht – (k)ein Grund zum „Jubeln“? // Ooyen, R van. Bundesverfassungsgericht und politische Theorie: Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: Springer VS, 2015. S. 99-112; Ooyen, R van. Das Bundesverfassungsgericht aus Sicht der politischen Theorie als Verfassungspolitologie. „Volksdemokratie“ und national-liberaler Etatismus: Richter-Vorverständnisse am Beispiel von Ernst-Wolfgang Böckenförde und Paul Kirchhof // Ooyen, R van., Möllers M. (Hrsg.) Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System. 3. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2025. S. 145-173.

[338] Фосскуле эксплицитно отвергает результаты научных изысканий сторонника плюрализма ван Ойена, стремящегося *политизировать* ФКС и, таким образом, передать свойственную гаранту конституции нейтральность открытому обществу конституционных интерпретаторов. Экс-председатель ФКС ссылается на *феноменологические*, *функциональные* и *юридические* причины, чтобы объяснить неубедительность приписывания суду какой-либо государственно-правовой теории. Так, с феноменологической точки зрения неясно, какой конкретно ФКС имеется в виду: например, в 1950-х годах у суда был состав и кейсы, существенно отличающиеся от современных. С функциональной точки зрения Фосскуле подчеркивает, что судебный процесс несовместим со свободным научным

из виду, что ФКС крайне трудно причислить к обычным судам, как и поверить в то, что разрешаемые им конкретные дела не направлены на реализацию политических целей на макроуровне. Если допустить, что суд все же является политическим органом[339], то отсутствие строгих теоретических представлений о его деятельности, *вернее – их фактический плюрализм*, перестает быть преимуществом: соединение конституционализма и этатизма на практике есть случай объединения не достоинств, а недостатков. Взаимная нейтрализация этих двух типов мышления ведет к абсолютному судебному децизионизму. Лучшим его примером является *двойственность в аргументации суда*: ФКС активно использует этатистские концепции в решениях по европейским делам и одновременно с этим обращается к противоположным по смыслу плюралистическим идеям в делах, касающихся внутриполитических проблем, в том числе и коммуникационного порядка[340]. Вызываемый этим кризис доверия вынуждает правящие силы усиливать изоляцию суда от

теоретизированием, поскольку первый направлен на оценку конкретного случая, стеснен нормами и позициями сторон. Юридически ссылки на государственно-правовую теорию в рамках конституционной интерпретации сопряжены с риском преодоления с ее помощью конкретных положений Основного закона, что несет угрозу легитимации ФКС. С нашей точки зрения, именно риск потери ФКС легитимации и авторитета вынуждает Фосскуле отрицать существование лежащей в основе его деятельности государственно-правовой картины мира. См.: Voßkuhle, A. Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts // Voßkuhle, A. (Hrsg.) Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. S. 371-373.

[339] **Двойственное значение ФКС** характеризуется, с одной стороны, его *судебной функцией* (BVerfG als Gericht), и, с другой стороны, его ролью *высшего конституционного органа федерации* (BVerfG als oberstes Verfassungsorgan). Доводы Фосскуле применимы к роли ФКС как высшего суда, из которой следует его подчиненность только праву, требования к независимости судей, судебная сдержанность, связанность поступившим запросом – конкретным делом. Эти ограничения направлены на недопущение судом политического усмотрения. Поэтому и государственно-правовые теории, в основе которых лежат политические представления их авторов, не могут выступать в его деятельности как аргументы. Роли ФКС как конституционного органа, понятие и статус которого до сих пор остаются размытыми, суд добился самостоятельно, в особенности благодаря судье Герхарду Лейбгольцу, который настаивал на ее выведении из *политического характера* деятельности ФКС. В 1950-х годах это вызвало политическую борьбу, в результате которой победу одержал ФКС, но, как отмечается, не в силу убедительности аргументов, а благодаря фактическому соотношению сил. Роль ФКС как конституционного органа, таким образом, предполагает исключительно политический характер его деятельности. Именно опираясь на нее, сторонники суда обосновывают возможности политического вмешательства ФКС в законодательный процесс. В этой связи при глубоком исследовании ФКС *невозможно отказаться* от поиска политической логики в его деятельности – реконструкции государственно-правовой теории суда. См.: Kluckert, S. Op. cit. Rn. 12-27; Degenhart, C. Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. 37. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2021. S. 323.

[340] Из этой *двойственности* вытекают и *двойные стандарты,* на применение которых в практике ФКС обращает внимание ван Ойен, отмечая, что суд требует от европейских институтов достаточной легитимации, делая акцент на соблюдении демократического принципа в этатистской интерпретации, в то время как во внутриполитических делах уже сам ФКС спорным образом ограничивает легитимированного народом законодателя. См.: Ooyen, R van. 60 Jahre Bundesverfassungsgericht – (k)ein Grund zum „Jubeln“? Op. cit. S. 109. Фосскуле также замечает существенные различия в использовании ФКС категории государства во внешне- и внутриполитических кейсах. Он отмечает, что государство как аргумент теряет свое значение при переходе из области европейской интеграции в сферу плюралистического общества. К последней относится и проблематика коммуникационных свобод: *«В случае вещательного права конституционно-правовая семантика отошла от категории государства. Государственная теория не смогла избежать силы притяжения основных прав и была трансформирована в теорию основных прав. […] Чем больше затрагивается сущностная область основных прав, тем сильнее становится сомнение, что уместно говорить о государственной теории суда».* Фосскуле, однако, не видит в этом противоречии критического потенциала, хотя, на наш взгляд, весьма спорно, утратил ли в действительности конституируемый свободами абзаца 1 статьи 5 Основного закона коммуникационный порядок свое политическое значение для государства с переносом дискуссии в сферу основных прав. Если он может быть проанализирован с использованием этатистского категориального аппарата и это приведет к другим нормативным результатам, то подход ФКС, очевидно, следует считать политически детерминированным плюралистической теорией. См.: Voßkuhle, A. Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts. Op. cit. S. 378-380.

парламентской демократии: именно в этом ключе следует оценивать предпринятые в 2024 году поспешные поправки в Основной закон, направленные на повышение его «жизнестойкости» от атак «врагов конституции», но в действительности имеющие характер спорной политической манипуляции[341].

Сравнение школ на наднациональном уровне дает следующий результат. С одной стороны, школа Сменда способствует европейской, трансатлантической и мировой интеграции ФРГ, продвигая немецкую науку и практику в сторону *глобального конституционализма* под эгидой прав человека и при ключевой роли конституционного правосудия[342]. Открытая интерпретация основных прав, осуществляемая

---

[341] **Реформа ФКС 2024 года** фокусируется на переносе ранее закрепленных на уровне обычного закона (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BVerfGG) *существенных положений о суде,* затрагивающих его статус, функции, организацию и порядок формирования, в статьи 93 и 94 Основного закона, чтобы воспрепятствовать простому парламентскому большинству в будущем ограничить полномочия ФКС путем изменения упомянутого федерального закона. Стоит отметить, что весьма спорные законодательные положения о политической роли ФКС как высшего конституционного органа теперь перешли на конституционный уровень. Кроме того, в Основной закон были внесены и принципиально новые положения, предусматривающие возможность *замены избирающего судей органа на другой при пропуске срока избрания судьи* (например, абзац 2 статьи 93 измененного Основного закона дает возможность обычному законодателю предусмотреть возможность замены Бундестага на Бундесрат, если в первом кандидатура судьи не наберет две трети голосов в определенный срок). Идея вводимой клаузулы заключается в том, чтобы оппозиционные партии не могли помешать назначению в ФКС судей, связанных с правящей коалицией. В литературе отмечаются серьезные недостатки нововведения: *во-первых*, сама по себе замена Бундестага на Бундесрат и наоборот приведет к легитимационным потерям для ФКС, поскольку каждый из них имеет отличный способ формирования и не является взаимозаменяемым, *во-вторых*, поправки не переносят из федерального закона требование о квалифицированном большинстве голосов, необходимом для избрания в ФКС, что имплицирует возможность обладающей простым большинством в Бундестаге политической силы в критической ситуации путем изменения федерального закона о ФКС снизить кворум для избрания судей до простого большинства и провести необходимые назначения без оглядки на оппозицию, *в-третьих*, в случае, если кворум для избрания судей будет снижен до простого большинства, то коалиция, обладающая простым большинством в Бундестаге и блокирующим меньшинством в Бундесрате, сможет провести назначение в ФКС любого кандидата и предопределить политическую судьбу органа. При этом большинство исследователей исходят из того, что ФКС является абсолютно успешным институтом. Любой пересмотр полномочий суда в сторону ограничения встраивается ими в нарратив об атаке на либеральный конституционный порядок; иллюстративным является мнение профессора Нуссбергер. В то же время многолетний дефицит легитимации, возможные превышение полномочий и политическая ангажированность ФКС не рассматриваются как причины, вызвавшие более критическое отношение избирателей к немецкому конституционному порядку в целом. В таких условиях ограничительная корректировка статуса ФКС могла бы усилить легитимность Основного закона и восстановить их доверие. См.: Willaschek, S. Das Resilienzrisiko: Zur geplanten Einführung eines Ersatzwahlmechanismus für Verfassungsrichter*innen ohne rechtliche Absicherung des Zweidrittelquorums, VerfBlog, 2024/11/12. URL: https://verfassungsblog.de/das-resilienzrisiko/ (accessed: 12.11.2024); Nußberger, A. Verfassungskonsenskultur in Gefahr, VerfBlog, 2024/7/30, URL: https://verfassungsblog.de/verfassungskonsenskultur-in-gefahr/ (accessed: 30.07.2024); см. иные проблемы и предложения в контексте реформы: Hutterer, M. Bundesverfassungsgericht: Geplanter Schutz hat Lücken. Ein neuer Gesetzentwurf will das Bundesverfassungsgericht besser schützen. Wo besteht Nachbesserungsbedarf? Max-Planck-Gesellschaft. URL: https://www.mpg.de/23544576/schutz-des-bundesverfassungsgerichts (accessed: 11.10.2024); см. принятый проект поправок: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94). Drucksache 20/12977, 24.09.2024. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/129/2012977.pdf (accessed: 24.09.2024).

[342] **Концепция мировой государственности** (Weltstaatlichkeit) как институционально ослабленный вариант мирового государства (Weltstaat) включает *политический проект глобального конституционализма* в качестве одной из возможных альтернатив. В сущности, речь идет о создании на мировом уровне правового порядка, не ориентированного на государство, ему не подобного и им не связанного. Минимально необходимой структурой для функционирования указанного порядка является правосудие. В отличие от всемирного парламента, который бы эксплицитно указывал на более тесную и потому менее достижимую в реальности степень мировой интеграции (централизованное мировое государство или мировую федерацию государств), институт правосудия позволяет обеспечивать эффективную выработку общих норм, но при этом не акцентирует внимание на их политическом и альтернативном характере и не переносит позитивную ответственность с национального уровня на мировой. Широко интерпретируемые правосудием права человека являются, с одной стороны, признаваемым и распространенным стандартом, с другой стороны, достаточно абстрактны, чтобы обеспечить обоснование практически любых политических требований. См.: Merle, JC.

конституционными судами в отсутствие строгих правил, является основным драйвером увеличения антимажоритарного резерва их полномочий. Формат деятельности конституционного правосудия способен скрыть такой резерв от видимости демократического большинства: во-первых, благодаря казуистичности принимаемых решений в рамках деполитизированной квазисудебной процедуры, во-вторых, из-за необходимости постоянной синхронизации устаревающей конституции с медиально конструируемой конституционной действительностью, и, в-третьих, в результате конвергенции национальных и наднациональных правовых порядков посредством взаимопроникновения категорий глобального конституционализма и конституционной идентичности.

Но конечными бенефициарами этой динамики становятся вовсе не конституционные суды. Последние обладают куда меньшими возможностями и компетенциями для сбора и обработки информации, чем правительства и даже парламенты, что предопределяет ориентацию конституционной юстиции на готовые аргументы для управленческих решений, распространяемые транснациональными медиа(сетями) власти[343]. Кроме того, конституционная юстиция действует, как правило, постфактум («в ответ на изменившуюся конституционную действительность»), блокируя неоптимальные варианты дальнейшего законодательного урегулирования, что для наднациональной координации является более удобной альтернативой в отличие от норм, создаваемых национальным парламентом: во-первых, в силу излишней стабильности и абстрактности последних, во-вторых, из-за связанности основного актора избирательной логикой, в-третьих, по причине присущей законодательству возможности превентивного регулирования – потенциального препятствия для интеграции.

Сказанное хорошо объясняет *симбиоз плюралистического открытого общества конституционных интерпретаторов, конституционного правосудия и транснациональных сетей власти*, но также указывает и на его *временный характер*. Поскольку картина наднационального мира глазами представителей школы Сменда представляет собой плюрализм квазисудебных органов, фактически институционально слабых, но презентуемых медиально в качестве формально независимых и сильных с точки зрения предоставленных полномочий, взаимно нейтрализующих авторитет и ответственность друг друга казуистикой и общефилософской аргументацией, *в долгосрочной перспективе* это

Menschenrechte und Weltstaatlichkeit // Pollmann, A., Lohmann, G. (Hrsg.) Menschenrechte: ein interdisziplinäres Handbuch. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2012. S. 376-382; Kumm, M. Zur Geschichte und Theorie des Globalen Konstitutionalismus: Gegenwärtige Herausforderungen des Globalen Konstitutionalismus // Nida-Rümelin, J., Daniels, D., Wloka, N. (Hrsg.) Internationale Gerechtigkeit und institutionelle Verantwortung. Berlin: De Gruyter, 2019. S. 105-138. Таким образом, глобальный конституционализм по ключевым позициям соответствует идеям школы Сменда.

[343] Подход Кастельса к анализу власти в глобальном сетевом обществе мы затрагивали в подразделе 14 §1.1.

приведет к устранению конституционного правосудия и в целом конституционного права как автономной подсистемы, участвующей в социальном управлении, в пользу доминирования интегрированных информационных сетей. Государство в этой парадигме, возможно, не исчезнет, но потеряет в субъектности и продолжит существование в качестве виртуально воспроизводимого образа-аргумента в *системе правовых порядков*, организованной по сетевому принципу на основе плюрализма, принципиально отрицающего иерархию между последними[344].

С другой стороны, этатистская школа не отрицает участие страны в международной интеграции, но при этом настаивает на *сохранении политической субъектности государства* в международных отношениях как ключевого игрока с правом вето; признание его формально-юридической возможности отказаться от интеграции уже само по себе предполагает более *стабильную иерархию* в многоуровневой системе власти, а *категории народ, государство, суверенитет* фиксируют резервы полномочий, недоступных для плюрализации в сетевом мировом порядке. Тем не менее, несмотря на юридическое закрепление, фактические возможности Германии самостоятельно решить вопрос о степени сохранения собственного суверенитета как после отмены оккупационного режима в 1955 году или после объединения Германии в 1990 году, так и на современном этапе оставались *ограниченными*[345]. В этом контексте и европейская интеграция должна пониматься в первую

---

[344] **Роль конституционной юстиции в сетевом мировом порядке** является предметом современных публично-правовых исследований. Так, Андрей Ланг (Andrej Lang), обращаясь преимущественно к решениям европейских и немецких судов (ФКС, ЕСПЧ, Суд ЕС) в своей фундаментальной монографии анализирует значение конституционного правосудия с позиций современных теорий сетевого общества, в том числе используя теоретические наработки Мануэля Кастельса. Согласно этому подходу, на смену централизованной управляющей иерархии на национальном уровне приходит плюралистическая, децентрализованная международная система кооперации автономных государственных и надгосударственных акторов. Она обозначается как *сетевой мировой порядок* (vernetzte Weltordnung) и презентуется в качестве альтернативы централизованному мировому правительству. В такой системе *не существует и не может существовать определенности* в соотношении между международным, европейским и национальным правом; оно определяется применительно к конкретному случаю в диалоге международных, региональных и национальных конституционных судов, каждый из которых ведет его с позиций собственного правопорядка и не может быть принужден другим к исполнению чужого решения, но при этом обязан руководствоваться общими принципами конституционализма. *Ключевая роль в оформлении сетевого мирового порядка принадлежит конституционным судам*, что объясняется принципиальным соответствием его логики формату их работы (деполитизированность, сниженная зависимость от демократии, казуистичность, камерность). Их цель заключается в *высшей политической координации* в условиях существенного ослабления органов законодательной и исполнительной власти и конкретизируется в трех задачах: *инкорпорации* права наднациональных институтов в собственный правовой порядок и обеспечении его применения, *контроля* соответствия иностранного права конституционным принципам собственного правопорядка, *переноса* результатов развития конституционализма в собственном правопорядке на наднациональный уровень. В результате происходит *конвергенция,* обеспечивающая синхронность и единообразие принимаемых решений на всех уровнях: национальные конституционные суды восполняют дефицит легитимации решений наднациональных институтов, представляя их через призму конституционных принципов собственного правопорядка, в то время как последние начинают следовать логике конституционализма, адаптированного к реалиям конкретных национальных государств. На всех этапах в открытой конституционной интерпретации могут участвовать различные плюралистические группы. *Любые полномочия судов, которые позволяют установить однозначное и стабильное соотношение между различными правопорядками, не соответствуют логике системы и потому оцениваются автором негативно*. См.: Lang, A. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung: Rechtsprechungskoordination in rechtsordnungsübergreifenden Richternetzwerken. Band 293. Berlin: Springer, 2020. S. 102-108; 547-570.

[345] **Дефицит суверенитета ФРГ.** Органическая связь Парижских соглашений, возвращавших ФРГ формальный суверенитет 5 мая 1955 года, со вступлением Боннской республики в Североатлантический альянс 9 мая 1955 года

очередь как *политическое решение об ограничении немецкого суверенитета:* в парадигме интересов части истеблишмента Великобритании, США и связанных с ними транснациональных сетей власти *существование нейтральной Германии, способной маневрировать между Востоком и Западом, невозможно*[346]. На наш взгляд, чтобы сгладить противоречие между конституционной нормой и действительностью с минимальным ущербом для национального мифа ФРГ появилась концепция *открытой государственности* (offene Staatlichkeit)[347], ставшая официальной аргументационной

говорит *о переносе ключевых лимитов оккупационного периода в ограничивающие суверенитет обязательства, вытекающие из членства Германии в НАТО*. Немецкий политик Вольфганг Шойбле (Wolfgang Schäuble), выступая публично в 2011 году и являясь на момент высказывания федеральным министром финансов ФРГ, заявлял, что *ни в какой момент времени после 1945 года Германия не обладала полным суверенитетом*. Первый генеральный секретарь НАТО британский генерал Гастингс Исмей обобщил эту проблематику следующим образом: «Цель НАТО – держать американцев внутри, русских снаружи, а немцев внизу». В государственно-правовой литературе также признается, что в период с 1955 по 1990 годы суверенитет ФРГ и фактически, и юридически оставался ограниченным, однако после объединения Германии, как считается, «гордиев узел» проблем, связанных с получением Германией полного суверенитета, «развязался сам собой». Такой подход, однако, мы считаем неубедительным по двум причинам. *Во-первых*, перенос ряда оговорок в пользу западных союзников *в область добровольных договорных ограничений* не отменяет причину их происхождения как части оккупационного режима в первые послевоенные годы; пока это регулирование содержательно не отменено (например, Германия не вышла из Североатлантического альянса с юридическими последствиями в виде существенного изменения правового режима находящихся на ее территории иностранных вооруженных сил и их фактическим выводом) вопрос о том, *насколько в действительности добровольным или вынужденным* было согласие Германии на такие условия, будет сохранять актуальность. *Во-вторых*, часто упускается из виду, что Договор об окончательном урегулировании в отношении Германии, известный также как Договор «Два плюс четыре», тоже содержал ограничивающие суверенитет страны оговорки, часть из которых сохраняет силу. *Вопрос об их надлежащем соблюдении неразрывно связан со статусом ФРГ как суверенного государства.* Недавние действия Германии, которые Министерство иностранных дел России, согласно собственному сообщению, небезосновательно считает грубым нарушением Московского договора 1990 года, говорят о том, что «гордиев узел» проблем немецкого суверенитета, тесно связанный и с вопросами европейской безопасности, не был «разрублен» и по сей день. См. подробнее: о послевоенных ограничениях немецкого суверенитета: Hofmann, H. §9. Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990 // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. Rn. 37-58; одобрительно о решении проблемы немецкого суверенитета после 1990 года: Kilian, M. §12. Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. Rn. 119-123; об актуальной дискуссии: Geiger, T., Lillteicher, J., Wentker, H. Zwei plus Vier: Die internationale Gründungsgeschichte der Berliner Republik, Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2022. S.103-122; о возможном нарушении Договора «Два плюс четыре»: О вызове в МИД России посла ФРГ в Москве. МИД РФ. URL: https://mid.ru/de/foreign_policy/news/1977077/?lang=ru (accessed: 24.10.2024); критически к позиции МИД РФ Bruns, S., Meiertöns, H. Warum Deutschlands neues maritimes taktisches Hauptquartier nicht gegen den Zwei-plus-Vier Vertrag verstößt, VerfBlog, 2024/11/06. URL: https://verfassungsblog.de/warum-deutschlands-neues-maritimes-taktisches-hauptquartier-nicht-gegen-den-zwei-plus-vier-vertrag-verstost/ (accessed: 06.11.2024); одобряя позицию МИД РФ: Bruch des Zwei-plus-Vier-Vertrags? Pistorius eröffnet NATO-Hauptquartier in Rostock. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=123122 (accessed: 15.10.2024); о национальных интересах Германии и проблеме немецкого суверенитета в общеполитическом контексте: Dohnanyi, K von. Nationale Interessen: Orientierung für deutsche und europäische Politik in Zeiten globaler Umbrüche. München: Siedler, 2022.

[346] Как отмечается, по этой причине США проводили на континенте *политику двойного сдерживания СССР и Германии*. Эти два направления были тесным образом взаимообусловлены. Европейская интеграция является, прежде всего, ответом на решение «немецкой проблемы». При этом часто упускается из виду, что ключевым автором европейского проекта являлся один из влиятельнейших деятелей мировой политики, *в немецкой научной литературе обозначаемый как «отец-основатель» или «проконсул» ФРГ Джон Джей Макклой* (John Jay McCloy), что несколько снижает значение фигур Робера Шумана и Жана Моне. См.: Bird, K. Deutschlands Prokonsul 1949. McCloy und die entstehende Bundesrepublik // Lorenz, S. (Hrsg.) Transatlantik: Transfer von Politik, Wirtschaft und Kultur. Opladen; Wiesbaden: Westdt. Verl.; 1999. S. 123-155; Schwartz, TA. America's Germany: John J. McCloy and the Federal Republic of Germany. 1st ed. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Pr.; 1991. P. 295-312.

[347] **Открытая государственность** характеризуется наличием множества разнообразных обязательств Германии по отношению к иностранным государствам и международным организациям, которые должны добросовестно исполняться в практике различных ветвей власти в соответствии со статьями 23 – 25 Основного закона. См. подробнее: Degenhart, C. Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. Op. cit. S. 101-

линией в практике ФКС[348]. Здравая аргументация ее сторонников заключалась в том, чтобы сохранить государство *как точку отсчета* конституционно-правовой теории в условиях дефицита суверенитета, который близкая к реализму школа Шмитта имела мужество не упускать из виду. Открытая государственность имплицирует, что государство исторически и генетически является феноменом европейским и потому не может быть Европе противопоставлено; в духе Бёкенфёрде констатируется, что государство незаменимо в своей роли гаранта иерархичного централизованного правового порядка, обеспечивающего свободу, в том числе от стремящихся к власти еврократов[349]. В практическом измерении это означает, прежде всего, *приоритет законодательного регулирования при судебно-конституционной сдержанности*; при этом к активным выступлениям ФКС за сохранение дееспособности государства следует относиться настороженно, во-первых, потому что они, как правило, не имеют существенного влияния на процесс интеграции[350], во-вторых, для формулирования интересов народа у суда недостаточно легитимации; используя эти категории, он подменяет парламент, выступая в роли суверена, освобожденного от необходимости обосновывать свои решения.

Наконец, *политическая линия* сравнения дает следующие результаты. С одной стороны, плюралистическая школа активно сотрудничает с немецкими политологами-ремигрантами, которые на основе английского и американского интеллектуального наследия *достраивают* конституционно-правовые концепции школы Сменда до полноценной политической теории плюрализма, сочетающей как нормативные, так и дескриптивные элементы[351]. Справедливо суждение «*о конвергенции между плюралистической теорией и конституционным правом ФРГ*»[352]. Ключевой фигурой «вестернизации» немецкой политической культуры становится конституционалист и политолог Эрнст Френкель[353], в

115; В то же время, как становится ясно из самой категории открытой государственности, она подразумевает сохранение государства при любой степени открытости интеграции. Для этого предпринимаются различные меры по ограничению влияния европейского права на немецкий правопорядок.

[348] См.: Möstl, M. §1. Staat – der deutsche Bundesstaat in der EU // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 1-5; в практике ФКС см.: BVerfGE 74, 358 (370); BVerfGE 112, 1 (24 ff.); BVerfGE 128, 326 (366 ff.). Цит. по: Voßkuhle, A. Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts. Op. cit. S. 280.

[349] См.: Beutler, B. Offene Staatlichkeit und europäische Integration // Grawert, R. (Hrsg.) Offene Staatlichkeit: Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1995. S. 109-124.

[350] См.: Ooyen, R van. 60 Jahre Bundesverfassungsgericht – (k)ein Grund zum „Jubeln“? Op. cit. S. 108; Masing, J. §2. Verfassung im internationalen Mehrebenensystem // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 110.

[351] См.: Stolleis, M. Op. cit. S. 360-364.

[352] Brugger, W. Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus: Studien zur Legitimation des Grundgesetzes. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1999. S. 249. Цит. по: von Brünneck, A. Ernst Fraenkel (1898–1975) // Häberle, P., Kilian, M., Wolff, HA. (Hrsg.) Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Nachtragsband Deutschland – Österreich – Schweiz. Berlin; Boston: De Gruyter, 2024. S. 536. Как указывается, плюралистическая теория Эрнста Френкеля на конституционно-правовом уровне отражает профиль Основного закона; она является продолжением плюралистически реинтерпретированной интеграционной теории Сменда. Ibid. S. 535-536.

[353] См.: Stolleis, M. Op. cit. S. 365; Söllner, A. Ernst Fraenkel und die Verwestlichung der politischen Kultur in der Bundesrepublik Deutschland // Leviathan. 2002. Vol. 30. №1. S. 132–154. В рамках изучения процесса вестернизации (или

этом деле активно сотрудничавший со школой Сменда[354] и предложивший несколько фрагментарную концепцию *неоплюрализма* в качестве отрицания антиплюралистической теории Шмитта, в свою очередь, критиковавшего Кельзена (Neopluralismus als Anti-Anti-Pluralismus); иными словами, Френкель стремился модифицировать радикальную плюралистическую теорию Кельзена, сделать ее жизнестойкой посредством восприятия критики Шмитта, что на фоне неудач Веймара представлялось необходимым для сохранения престижа плюралистических идей[355].

От плюрализма кельзеновского толка неоплюрализм Френкеля сохраняет формализм и релятивизм, нормативное признание общественной гетерогенности, идею апостериорного общего блага как результата борьбы множества групп интересов, одобрение партийного парламентаризма и сообразную им степень деонтологизации государства[356]. Как и Кельзен, Френкель видит риски тоталитаризма в руссоистской идентитарной демократии в ее шмиттовской интерпретации[357]. Новый же элемент появляется там, где Френкель обнаруживает слабое место кельзеновского радикального плюрализма: на место безоговорочного формализма, ведущего к беззащитности демократии от внутренних угроз и нигилизму, приходит признание материально-правового базового консенсуса плюралистического общества, выходящего далеко за рамки либерально-процедуралистского понимания демократии[358]. *Бесспорный или консенсусный сектор*[359], таким образом,

---

американизации) немецкой политической культуры в литературе обсуждается проблема объективности часто возвышенных, идеализированных оценок Френкелем американских или западноевропейских правопорядков. Он был настолько воодушевлен примером США, что отказывался от критики расовой дискриминации и горячо поддерживал американскую внешнюю политику времен Холодной войны. Испытывая благодарность США за спасение, в заключении одной из своих работ Френкель провозглашал США *«величайшим произведением искусства, созданным в западном полушарии»*. Можно сомневаться в том, насколько этот взгляд соответствует научной картине мира. См.: Ibid. S. 151-154; Fraenkel, E. Amerikastudien. Herausgegeben von Hubertus Buchstein. 1. Aufl. Bd. 4. Gesammelte Schriften. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges. 2000. S. 834.

[354] Как анализирует Гюнтер, стратегическое партнерство Френкеля со школой Сменда выражалось в их совместных действиях, направленных на разрушение этатистских традиций немецкого государственного права. Важна была их критика не только с позиций конституционно-правовой, но и политической науки. В этом контексте показательна цитата из научного доклада Френкеля, сделанного им в Карлсруэ в 1964 году: *«Тезис о том, что плюрализм является неотъемлемым элементом любой либеральной конституционной демократии, противоречит преобладающему сегодня в Германии мнению»*. См. Fraenkel, E. Deutschland und die westlichen Demokratien. 9th ed. (Brünneck A von, ed.). Baden-Baden: Nomos, 2011. S. 256; подробнее о сотрудничестве Френкеля со школой Сменда см.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 163, 236, 310.

[355] См.: Ooyen, R van. Neo-Pluralismus als „Anti-Anti-Pluralismus“: Die Bedeutung von Kelsen und Schmitt für die politische Theorie von Fraenkel. Op. cit. S. 127-148.

[356] Ibid.

[357] Ibid. S. 132-139.

[358] Выделяются **два современных подтипа плюралистической демократической теории**. *Во-первых*, *либерально-процедуралистский подтип*, ориентированный на факторы, «входящие» (Input) в политическую систему, а не на политический результат (Output). Примером теории этого подтипа является плюралистическая теория Роберта Даля. *Во-вторых*, *социально-государственный подтип,* который делает бóльший акцент на политическом результате сообразно социально-демократическим идеям и представлениям об активной регулирующей роли государства. Неоплюрализм Эрнста Френкеля является примером демократической теории этого подтипа. См.: Schmidt, M. Op. cit. S. 203-204, 207-209.

[359] **Бесспорный (консенсусный) сектор плюралистической демократии**, таким образом, подразумевает не только соблюдение процессуальных «правил игры», но и интерпретируемых в материально-правовом ключе

прирастал нуждающимися в активной защите *общими ценностями*[360] и учитывал *фактическое равенство как реальную возможность демократического участия*, то есть имел выраженный *социально-демократический компонент*[361]. Последнее требовало от государства активной роли по обеспечению реального паритета между плюралистическими группами; очевидно, что помогать слабым способно только сильное государство – в этом смысле неоплюрализм делал шаг в сторону этатистских концепций[362].

Теория Френкеля нашла полное отражение в общем учении о государстве (Allgemeine Staatslehre)[363]. В частности, Циппелиус объединяет неоплюралистические аргументы о необходимости ограничения плюрализма общими ценностями с более индивидуалистической, формальной и процедуралистской теорией открытого общества Поппера[364], что, однако, удается без существенных противоречий: «враги открытого общества» и есть те, кому отказано быть его частью в силу несоответствия ценностям консенсусного сектора. Несколько ослабленная роль индивида, характерная для этих подходов в силу различных причин – у Поппера из-за близости к элитаризму, у Френкеля из-за гипертрофированной роли союзов, *посредством* которых индивид участвует в политике – компенсировалась делиберативным компонентом, привнесенным Хабермасом, поздние выкладки которого при поверхностных различиях содержательно гармонировали с

верховенства права и прав человека, а также минимальных реальных предпосылок их осуществления в соответствии с принципом социального государства. Таким образом, борьба плюралистических групп за власть осуществляется *в границах второго, конкурентного сектора плюралистической демократии*, где разрешается политическое усмотрение. Граница между двумя секторами должна фиксироваться конституцией, поэтому проблема строгости конституционной интерпретации приобретает особое значение. См.: Ooyen, R van. Neo-Pluralismus als „Anti-Anti-Pluralismus“: Die Bedeutung von Kelsen und Schmitt für die politische Theorie von Fraenkel. Op. cit. S. 142; Steffani, W. Op. cit. S. 67; von Brünneck, A. Ernst Fraenkel. Op. cit. S. 534.

[360] **Концепция воинствующей демократии**, таким образом, является *неотъемлемой частью теории неоплюрализма*. Как Френкель, так и Левенштейн видели в повышении сопротивляемости плюралистического общества антидемократическим тенденциям ответ на разрушение Веймарской республики; оба ученых признаются *ведущими представителями неоплюрализма*. См.: Ooyen, R van. Ein moderner Klassiker der Verfassungstheorie: Karl Loewenstein: eine Skizze // Zeitschrift Für Politik. 2004. Vol. 51. №1. S. 83, 86; Ooyen, R van. Neo-Pluralismus als „Anti-Anti-Pluralismus“: Die Bedeutung von Kelsen und Schmitt für die politische Theorie von Fraenkel. Op. cit. S. 141.

[361] **Диалектическая демократия** как разработанная Френкелем концепция продолжения классовой борьбы цивилизованными, законными средствами оказала на неоплюрализм существенное влияние. Френкель, социализированный в духе левых политических идей, полагал, что кельзеновский плюрализм маскирует классовые противоречия, поэтому остальные, неэкономические различия в плюралистическом обществе имели для него подчиненное значение. В связи с этим в литературе демократическая теория Френкеля также обозначается как *дуалистическая демократия*: указывается, что ему удалось отойти от монизма Шмитта, но не получилось приблизиться к плюрализму Кельзена. Позднее социалистические убеждения Френкеля преобразовались в социально-демократические. См.: Ooyen, R van. Neo-Pluralismus als „Anti-Anti-Pluralismus“: Die Bedeutung von Kelsen und Schmitt für die politische Theorie von Fraenkel. Op. cit. S. 135-136.

[362] Ibid. S. 142. Неоплюрализм Френкеля существенно расходится с «антигосударственным» плюрализмом Гарольда Ласки. См.: Steffani, W. Op. cit. S. 67.

[363] См.: von Brünneck, A. Ernst Fraenkel. Op. cit. S. 535.

[364] См.: Stelzer, H. Karl Poppers Idee der Demokratie // Franco, G. (Hrsg.) Handbuch Karl Popper. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2019. S. 499-513; Zippelius, R. Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft; ein Studienbuch. 16th ed. München: Beck; 2010. S. 243-270.

плюралистическими идеями как школы Сменда[365], так и Эрнста Френкеля[366]. В особенности они были едины в необходимости переноса делиберации из парламента непосредственно в сферу общественного мнения[367]. В таком виде школа Сменда, поддержанная вкладом Френкеля, Поппера и Хабермаса, образовала *герметичное академическое направление*[368], получившее практически официальный статус[369], которое черпает иммунитет к критике из своей междисциплинарности и методологического плюрализма, релятивируя *любое системное возражение* до одной из точек зрения, не учитывающей всего произведенного им поверхностного разнообразия теоретических подходов, однако, единогласного в признании неоплюрализма.

Приведем, на наш взгляд, ключевое возражение, касающееся проблемного соотношения между спорным и консенсусным секторами общества в неоплюралистической теории. Здесь взаимодействие *политической* концепции Френкеля и *конституционно-правовой* школы Сменда дают *уникальный синергетический эффект*: экстенсивная и динамичная конституционная интерпретация, прежде всего, основных прав, является причиной быстрого расширения консенсусного сектора, что означает сужение доступной для политической борьбы конкурентной области до столь малых объемов, что положенное Френкелем в основу неоплюрализма различение между монистическим тоталитарным и

---

[365] См.: Wihl, T. Die Unbestimmtheit der Verfassung: „Verfassungspatriotismus“ mit Jürgen Habermas nach 70 Jahren. Op. cit. Привнесенный Хабермасом делиберативный компонент позволял усилить позиции школы Сменда, придав конституционно-судебному позитивизму ФКС дополнительную легитимацию.

[366] Различие между Френкелем и поздним Хабермасом заключалось в видении политического процесса: если Френкель считал политическую борьбу в общественной сфере скорее ситуативным столкновением различных интересов, то у Хабермаса публичная сфера производит рациональность и поэтому может привести к *правдивому, истинному* решению. В литературе это различие называется существенным, но, на наш взгляд, оно имеет важность исключительно с теоретической точки зрения. См.: Linden, M. Der lange Schatten von Weimar – Fraenkel und Habermas über Repräsentation // Zeitschrift für Politik. 2015. Vol. 62. №4. S 391-393.

[367] Отмечается, что и Френкель, и Хабермас не придавали существенного и самостоятельного значения парламентаризму. Для Хабермаса парламент являлся исполнительным органом осуществляемой рационально публичной делиберации. Френкель же аргументировал, что образование общественного мнения и народной воли не может ограничиваться парламентом в силу большого многообразия партий и союзов. См.: Linden, M. Op. cit. S. 391-399.

[368] Оговоримся, что определенная изоляция немецкой конституционно-правовой литературы от распространенной в области политологии плюралистической аргументации, которая констатируется в литературе, на наш взгляд, объясняется скорее специализацией научных дисциплин, но не содержательными противоречиями по поводу плюрализма между государственным правом и политической наукой. Поскольку плюрализм ранее понимался преимущественно *дескриптивно* как факт, предшествующий любому политическому решению, в том числе о создании государства, на его изучении концентрировалась политология. Все более частое появление плюрализма в конституционно-правовой литературе в роли конкретизации принципа демократии сигнализирует об изменении значения этой категории: *плюрализм как факт превращается в плюрализм как нормативную цель*. Мы полагаем, что именно это изменение ведет к активному гарантированию плюрализма в сфере коммуникации. См.: Kranenpohl, U. ‚Pluralismus‘ in der Staatsrechtslehre – eine Problemanzeige, VerfBlog, 2022/6/29. URL: https://verfassungsblog.de/pluralismus-in-der-staatsrechtslehre-eine-problemanzeige/ (accessed: 01.11.2023).

[369] См. подробнее: Hindelang S. Op. cit. S. 35; Schmidt, M. Op. cit. S. 215; Steffani, W. Op. cit. S. 71; Короткевич, М. А. Немецкий подход к гарантированию плюрализма в сфере массовой коммуникации. Указ. соч. С. 56-59. Отмечается, что неоплюрализм является не только базовой политической теорией в Германии, но и находит отражение в практике ФКС. Так, в деле Брокдорф суд фактически фиксирует основные постулаты теории Френкеля в качестве конституционной интерпретации демократического принципа. См.: BVerfGE 69, 315 (345-346). Цит. по: von Brünneck, A. Ernst Fraenkel. Op. cit. S. 535.

плюралистическим демократическим режимами[370] теряет всякое значение. Образно этот тренд можно охарактеризовать как *эффект замерзающего озера*. Чем больше разрастается бесспорный сектор, тем чаще он ставится под сомнение политическими игроками, что способствует возникновению, объединению и организации сил, оспаривающих действующий конституционный порядок в целом[371]. Динамику процесс «замерзания» получает из разрушения дуализма между государством и обществом: каждое успешное продвижение интересов плюралистических групп (например, открытие рынка для частного вещания) немедленно отзывается уступкой государству (например, подчинение частных вещателей требованиям содержательного разнообразия), что фиксируется в экстенсивной интерпретации конституции и, таким образом, вызывает расширение бесспорного сектора[372].

При этом непросто определить, кто был субъектом такого расширения: отказавшись от логики Кельзена в пользу повышения роли государства как гаранта реального паритета между плюралистическими группами, Френкель создал *стратегическую двойственность*[373], которая не позволяет достоверно узнать, в каком случае государство выступает *как субъект, гарантирующий фактическое равенство*, а когда оно является *объектом, результатом действия плюралистических сил*. Иными словами, государство получает возможность сконструировать плюралистические группы таким образом, чтобы их структура в целом обеспечивала легитимацию его политики. И наоборот: обладающие достаточным ресурсом плюралистические группы могут повлиять на государство в таком направлении, чтобы затем от его имени провозгласить порядок, отвечающий их интересам, фактически справедливым.

Школа Шмитта, с другой стороны, ведомая целью защитить традиционное государственное право и свойственную ему догматику от трансатлантического влияния,

---

[370] См.: Steffani, W. Op. cit. S. 61.

[371] В этом контексте **справедливо говорить о конституционном кризисе в современной ФРГ**. Действия немецких властей, направленные на усиление так называемой «жизнестойкости» демократии, сигнализируют о реальной угрозе для конституционного порядка. *Системный обзор и критическая общая конституционно-правовая оценка* происходящих трансформаций дается в рамках симпозиума «Свобода выражения мнения – основное право в опасности», организованного независимой сетью судей и прокуроров ФРГ, см.: KRiStA – Netzwerk Kritische Richter und Staatsanwälte. URL: https://netzwerkkrista.de/symposium-16-11-2024-in-halle-saale/ (accessed: 16.11.2024).

[372] **Процессы взаимной интеграции государства и общества** под эгидой *демократизации* критически оцениваются в государственно-правовой литературе. *С одной стороны*, подчеркиваются риски окончательного *«обобществления государства»* (Vergesellschaftung des Staates), когда государство, неспособное более обеспечивать интеграцию и рамочный порядок, становится инструментом *тотально* властвующего общества. *С другой стороны*, государство под предлогом социального гарантирования и обеспечения фактического равенства способствует *«огосударствлению общества»* (Verstaatlichung der Gesellschaft). В результате, как признается, становящаяся все более плотной сеть взаимодействий государства и общества полностью исключает индивидуальную свободу: «граждане остаются свободными лишь формально, но фактически становятся носителями функций и обязанностей в комплексной системе государственного управления и обеспечения во все большем количестве областей жизни «от колыбели до могилы». См.: Depenheuer, O. Staat und Gesellschaft. Op. cit.

[373] См.: Ooyen, R van. Neo-Pluralismus als „Anti-Anti-Pluralismus“: Die Bedeutung von Kelsen und Schmitt für die politische Theorie von Fraenkel. Op. cit. S. 142.

оставалась внешне изолированной от междисциплинарной политической науки[374], что, однако, не исключает возможность выявления сходства такого рода по содержанию. Если обратить внимание на лежащие в основе этатистского направления негативную антропологию и идею сильного автономного государства как на его содержательное ядро, то на роль политологического дополнения школы Шмитта претендуют, прежде всего, *элитарные теории демократии*[375]. Плебисцитарная демократическая риторика Шмитта не должна вводить в заблуждение[376]: немецкий юрист признавал важнейшую роль элиты в формировании общественного мнения[377], а также в целом одобрительно ссылался на Уолтера Липпмана, критикуя пришедшее на смену подлинной дискуссии между представителями истеблишмента в парламенте массовое управление общественным мнением через психологическое внушение[378]. В этом же направлении аргументирует известнейший сторонник элитарной демократии Шумпетер, возможно, чрезмерно атакуя просвещенческую идею автономии личности[379]. При всех мыслимых различиях радикальное противопоставление Шмитта Шумпетеру выглядит ангажированным и объясняется тем, что

---

[374] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 133.

[375] **Элитарные теории демократии**, как правило, связываются с именами Йозефа Шумпетера, Уолтера Липпмана или Энтони Даунса и исходят из представления о массово-элитарной структуре общества, а также признают необходимость гарантирования элитам широкого пространства для принятия решений. Хотя названные теории и видят в функционирующем публичном пространстве для дискуссий решение определенных проблем, отдельному гражданину или массе они не приписывают активной роли. Индивид предстает необразованным, непостоянным, неинформированным или вовсе глупым, не имеющим интереса к разного рода политической информации. Проекция этого подхода на модель плюрализма подразумевает, что субъектность в рамках публичной дискуссии имеют только представители элиты; массовая коммуникация, скорее, осуществляется однонаправленно от властвующих групп к подвластным в сдержанном, разумном стиле. Она служит *производству общественного согласия* в отношении вырабатываемых элитой мер. Участие подвластных в политической жизни редуцируется до участия в выборах кандидатов, принадлежащих к крупным политическим партиям, что, в свою очередь, предполагает и соответствующую редукцию публичного общественного дискурса до информирования и разъяснения населению принятых решений. Воля народа, образованная в рамках публичной дискуссии, предполагается не движущей силой политического процесса, а его продуктом. См.: Lippmann, W. Public opinion. New York: Macmillan, 1949; Schumpeter J.A., Kurz, H.D. Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (S. Preiswerk, T. Hager, P. Kohlgruber, & P. Mellacher, Übers.) 10. Aufl. Tübingen: Narr Francke Attempto Verlag, 2020; Hindelang, S. Op. cit. S.32; Короткевич, М.А. Немецкий подход к гарантированию плюрализма в сфере массовой коммуникации. Указ. соч. С. 57.

[376] См. в этом же направлении, подтверждая элитаризм Шмитта: Cherneski, J. An Unacknowledged Adversary: Carl Schmitt, Joseph Schumpeter, and the Classical Doctrine of Democracy // Critical Review. 2017. Vol. 29. №4. P. 447–472.

[377] Напомним, Шмитт говорил о ключевом значении интеллигенции в контексте обеспечения необходимого уровня нейтральности в сфере общественного мнения. См.: Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung: Anhang: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und Seine Stellung in der Deutschen Staatslehre. Op. cit. S. 184. Мы уже обращались к анализу этого тезиса в подразделе 4 настоящего параграфа.

[378] См.: Schmitt, C. Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. Op. cit. S. 11.

[379] Шмидт указывает, что Шумпетер ставит под сомнение фундаментальные предпосылки демократии. Так, избиратель у Шумпетера не является разумным субъектом, а представляет собой *«объект психотехнической машины»*, которая порабощает его, превращает в *«безвольный инструмент»* и *«всегда действует через призыв к бессознательным инстинктам»*. Рядовой гражданин в представлении Шумпетера является *«плохим знатоком своих собственных долгосрочных интересов»*. На макроуровне, критикуя парламентаризм, Шумпетер практически в один голос со Шмиттом констатирует, что массовая демократизация превращает партии в *«бюрократические инструменты психо-технической манипуляции и контроля»*, что лишает парламент делиберативной функции. См.: Schumpeter, J. Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie. Bern: Paul Haupt, 1950. S. 411; Schumpeter, J. Sozialistische Möglichkeiten von heute // Schumpeter, J. Aufsätze zur ökonomischen Theorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 1952. S. 478. Цит. по: Schmidt, M. Op. cit. S. 174, 176.

его близость к Шмитту скомпрометировала бы антиколлективистскую модель демократии[380], которую втроем отстаивали Шумпетер, Поппер и Хайек[381]. Но никакое усиление контрастов между Шумпетером и Шмиттом неспособно затмить их *элитарный консенсус*: как бы того не желали теоретики, практика видит мало различий между элитарной демократией и авторитаризмом. Именно это содержательное соответствие, а не личная связь и, возможно, теплый диалог между двумя мыслителями, является причиной *принципиальной совместимости* их концепций: когда обществом управляет элита, не столь важно, по какому принципу организованы подвластные ей массы – индивидуально-плюралистически или коллективистски-гомогенно. Кроме того, следующая в русле элитаризма *редукция демократии до выборов* у Шумпетера[382], очевидно, способствует сохранению важного для школы Шмитта дуализма государства и общества, делая связи между последними немногочисленными, более простыми и предсказуемыми.

Элитаризм как конституционную действительность ФРГ признает и Бёкенфёрде[383]; его призывы к дополнению плебисцитарными элементами немецкой репрезентативной демократии мы оцениваем скорее как попытку сбалансировать недостаток легитимации репрезентативной системы, но в них мало веры в способность народа принимать сложные решения[384]. Это, разумеется, едва ли делает Бёкенфёрде явным последователем элитарного направления; скорее, он принадлежит ему настолько, насколько сама идея отделенного и возвышающегося над обществом государства требует для своей реализации избранных мужественных, ответственных и одаренных людей (элиты).

В последней четверти XX века отличия между школами *как системами конституционно-правовых убеждений* стираются. Этому способствуют, во-первых, сделанные взаимные уступки: неоплюрализм соглашается со значимой ролью государства, а социально-либерально реинтерпретированный этатизм, признавая политические партии частью общественной, но не государственной сферы, смягчается в своей принципиальности по поводу дуализма государства и общества. Обе линии как бы двигаются навстречу друг другу[385]. Во-вторых, в 1980-х годах к власти приходят консерваторы – дезагрегация

---

[380] Исследователи, которые аргументируют в противоположном направлении, вынуждены считаться с этим доводом. См.: Cherneski, J. Op. cit. P. 447-472.

[381] См.: Schmidt, M. Op. cit. S. 170.

[382] Ibid. S. 176-178.

[383] Так, рассуждая о необходимости балансирования репрезентативных полномочий Бундестага элементами прямой демократии, Бёкенфёрде критиковал, что народ привлекается к принятию решений только тогда, когда Бундестаг с помощью опросов общественного мнения получает уверенность в дальнейшем подтверждении собственного решения, но *«народ в качестве самостоятельного субъекта принятия решений всерьез не воспринимается»*. См.: Böckenförde, E-W. §34. Demokratische Willensbildung und Repräsentation // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. Rn. 22, 4-8.

[384] Ibid. Rn. 23-25, 53.

[385] См.: Stolleis, M. Op. cit. S. 373.

государства приостанавливается и в науке, и на практике[386]. В-третьих, производимая ФКС казуистика сделала ненужными, а с точки зрения карьерного продвижения и весьма вредными *любые последовательные позиции*, ориентированные на долгосрочную перспективу[387]. Все же говорить о примирении или паритете школ было бы ошибкой: в 1970-х годах *системное этатистское мышление потерпело поражение от плюралистического конституционного мышления*[388]. Конечно, категория государства не деградировала до уровня освобожденного от содержания формального аргумента, не способного противодействовать экспандирующей европейской интеграции и служащего лишь точкой сбора административных полномочий[389]. Скорее, государство стало пусть и весьма значимым[390], но *одним из множества* доводов в рамках победившей плюралистической конституционно-правовой догматики, ориентированной на постоянное взвешивание, чувствительное к колебаниям политической жизни. Конституционно-правовая наука, таким образом, окончательно *синхронизировалась* с ней и за некоторыми исключениями (например, интересной попыткой возродить в связи с глобализацией пришедшее в упадок общее учение о государстве в новой форме[391] или менее успешным проектом многотомного компендиума

---

[386] См.: Möllers, C. Staatstheorie: Grundzüge ihrer rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. S. 30.

[387] См.: Stolleis, M. Op. cit. S. 378-379.

[388] См.: Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. Op. cit. S. 321-323.

[389] Такая интерпретация *государства как аргумента* предлагалась профессором Кристофом Мёллерсом, который в своей фундаментальной монографии стремился вновь актуализировать кельзеновскую радикально плюралистическую интерпретацию государства как правового порядка. См.: Möllers, C. Staat als Argument. München: Beck; 2000; Lindner, J.F. Buchbesprechung: Staat als Argument von Christoph Möllers // Zeitschrift für Rechtspolitik. 2001. Bd. 34. S. 531.

[390] Так, *государственность как топос* играет важную роль не только в деле установления границ европейской интеграции, но и в обратном направлении – в придании самому Европейскому союзу государственного качества. Способность государства выступать в качестве доконституционного субъекта, гарантирующего безопасность, с одной стороны, может существенно релятивировать содержание Основного закона, но, с другой стороны, является мощным (часто – решающим) средством в борьбе за приобретение или сохранение компетенций в многоуровневой системе европейской власти. Эти эффекты усиливаются в связи с тем, что сегодня категория государства утратила четкие контуры-признаки (народ, территория, власть) и стала аргументом, дающим преимущество разным сторонам спора в зависимости от ситуативного политического контекста. Это способствовало *реэтатизации научной дискуссии*, однако в меньшей степени свидетельствует о действительном увеличении политической субъектности государства. См. в этом направлении: Möstl, M. §1. Staat – der deutsche Bundesstaat in der EU. Op. cit. Rn. 39-43.

[391] **Новая наука о государстве** (Neue Staatswissenschaft) является этатистской альтернативой *конституционной политологии* (Verfassungspolitologie) Левенштейна. Концепцию этой научной дисциплины, возрождающей междисциплинарные (философские, политологические, социологические) подходы общего учения о государстве и центрирующей их вокруг категории государства с целью анализа фундаментальных социальных принципов, убедительно обосновывает в своей программной статье профессор Андреас Фосскуле. Он доказывает ее необходимость, указывая, среди прочего, что *политизация конституционной юстиции* и *ослабление парламентаризма* ставят перед традиционным конституционным правом междисциплинарные задачи, невыполнимые в силу его односторонней нормативной ориентации, которые, однако, конституционалисты не могут игнорировать, ссылаясь на их неюридический характер, чтобы полностью не лишиться права голоса в процессе конституционной интерпретации. Иными словами, новая дисциплина способна выявить *альтернативный характер* пакетных решений конституционной юстиции, часто выдаваемых за единственно возможную интерпретацию Основного закона, разделяя их с помощью научного метода на юридические, философские, ценностные и иные междисциплинарные компоненты и обеспечивая на государственно-правовой основе *метакоммуникацию* между родственными дисциплинами. Таким образом, она может *сбалансировать* экспандирующую власть ФКС собственной независимой экспертизой и вернуть конституционному праву утраченную им автономию. Важнейшим преимуществом новой науки является ее способность предлагать в указанной

по государственному праву[392]) стала походить на жанр *комментирующей повседневные события политической журналистики*. Отсутствие крупных потрясений гарантировало спокойствие и удовлетворенность, царившие в науке вплоть до объединения Германии[393]; по другим данным, этот период продлился вплоть до кризиса 11 сентября 2001 года, реактуализировавшего этатистскую проблематику.

В рамках этого гармонизирующего дискурса основные несущие принципы государства, закрепленные в статьях 1 и 20 Основного закона[394], становятся едва отличимыми от основных прав, провозглашенных ФКС «объективными принципами всего правового порядка»[395]. Но поскольку основные права сохраняют значимую для практики юстициабельную индивидуально-субъективную сторону, именно правочеловеческая, а не государственно-организационная сфера становится ареной противостояния между этатистскими и либерально-плюралистическими доводами. В особенности *парадигма гарантирования* основных прав становится местом схода диффузных этатистских и плюралистических аргументов в силу ее открытости к политической инструментализации в обоих направлениях. С одной стороны, предлагается *основное право на безопасность* (Grundrecht auf Sicherheit), способное превратить все остальные свободы в их

междисциплинарной конфигурации *обоснованные долгосрочные и принципиальные политические решения, принимаемые в государственной перспективе.* Фосскуле среди прочего подчеркивает, что актуальность она приобретает в контексте европейской интеграции и угроз чрезмерной плюрализации общества, например, в результате миграции. К сожалению, как показывает анализ современной литературы, полностью реализовать этот замысел не удалось. См.: Voßkuhle, A. Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung // Juristische Schulung. 2004. №1. S. 2-7; см. в этом направлении современные учебники Gamper, A. Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre. Wien: Facultas, 2021; Schöbener, B., Knauff, M. Allgemeine Staatslehre. 5th ed. München: C.H. Beck, 2023.

[392] **Многотомный компендиум по государственному праву** под редакцией Йозефа Изензее и Пауля Кирххофа является политическим ответом на уже упомянутый нами труд Хессе по конституционному праву. Идея компендиума заключалась в придании самостоятельной значимости категории государства *как конституционной предпосылке*. Авторы работы выступали против плюрализации, подчеркивая важность государственного единства и иерархию администрации. Как верно отмечает Кристоф Мёллерс, труд не развил существенное влияние на науку и практику из-за отсутствия междисциплинарности и сравнительной перспективы. Если поддержанная Фосскуле идея новой науки о государстве не оказала существенного влияния на конституционное право в силу излишней методологической открытости, то компендиум не убеждает из-за его изоляции от политических и социальных наук. В то же время компендиум не имеет и догматической глубины уровня начала XX века. См.: Möllers, C. Staatstheorie: Grundzüge ihrer rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. S. 33-38; Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 3. Aufl. Heidelberg: Müller, 2003

[393] Известный историк немецкого публичного права Михаэль Штоллайс дает этому периоду иллюстративную авторскую характеристику, анализируя направление общего учения о государстве (Allgemeine Staatslehre); мы полагаем, что она будет справедливой и для всего конституционного права рассматриваемого периода: *«Ни одно «общее учение о государстве» не обладало методической последовательностью и ясностью, как у Кельзена, ни одно не имело полемизирующей размытости и интеллектуальности, как у Смента, ни одно не отличалось суверенно систематизирующим, пусть и подспудно агрессивно антидемократическим подходом, как у Шмитта. Очевидно, это являлось выражением политического спокойствия ФРГ. […] Теперь речь шла лишь о нейтральном воспроизведении модели [Основного закона], которая в целом вызывала удовлетворение. […] Не было никакого стимула для создания четко сформулированных теорий; скорее, важные практические вопросы постоянно решались в Карлсруэ и все чаще в Люксембурге».* Stolleis, M. Op. cit. S. 378-379.

[394] Речь идет о *достоинстве человека*, а также принципах *республиканского демократического федеративного социального* и *правового государства*. См.: Degenhart, C. Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. Op. cit. S. 5-6.

[395] BVerfGE 7, 198 (208).

противоположность, радикально усилив государство[396]. С другой стороны, поддерживается *общая свобода действий* (Allgemeine Handlungsfreiheit) абзаца 1 статьи 2 Основного закона *как основное право «на все что угодно»*, могущее парализовать принятие государством любых политических решений[397]. Эти крайности хорошо показывают драматизм, с которым политической борьбой охватывается консенсусный сектор плюралистического конституционного порядка ФРГ, ядром которого являются основные права.

§1.3. Конституционно-правовые модели немецкого коммуникационного порядка и их междисциплинарные детерминанты

1. Все же менее полемический и более цельный взгляд на состояние немецкой конституционно-правовой науки и практики выходит не столь пессимистичным: возвышение ФКС не освободило его от необходимости обеспечивать логическую стройность и последовательность практики; даже когда суд под давлением политической конъюнктуры вынужден менять позицию, реализуя интерес по сохранению собственной легитимности, он стремится убедительно встроить новые решения в существующие

[396] **Концепция основного права на безопасность** как автономного от иных основных прав, общего для них зонтичного позитивного мега-обязательства государства, не закрепленного текстуально в Основном законе, но выводимого из предложения 2 абзаца 1 статьи 1 или абзаца 2 статьи 2 Основного закона, переносит государственную задачу по обеспечению безопасности на уровень правочеловеческой догматики. Примечательно, что эта популяризованная Изензее идея весьма похожа на *плюрализацию функций основных прав в рамках их объективно-правового измерения*, на которой настаивала школа Сменда. Основное право на безопасность часто помещается в контекст борьбы с терроризмом. Критика этой концепции, однако, не отрицает ключевую роль государства в гарантировании безопасности, а концентрируется на анализе *необходимости трансформации традиционных ограничений основных прав в отдельное основное право*. Как отмечается, это повлечет отмену индивидуально-субъективного измерения основных прав – их фактическую деиндивидуализацию. Кроме того, при появлении подобного *абстрактного основного права на ограничение всех остальных основных прав* произойдет *совпадение* основного права с его ограничением, то есть *«превращение свобод в их противоположность»*. В настоящее время концепция права на безопасность утратила научное и практическое значение; ее несоответствие общеевропейским стандартам прав человека также подчеркивается в литературе. См.: Isensee, J. Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982 - erweiterte Fassung. Berlin: De Gruyter, 2012; Zum „Grundrecht auf Sicherheit“. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag, 2008. S. 10-17. URL: https://www.bundestag.de/resource/blob/423604/6bc141a9713732fc4bb4334b6d02693b/wd-3-180-08-pdf-data.pdf (accessed: 01.09.2024).

[397] BVerfGE 6, 32 (39). Оговоримся, что практика идет по пути *сдержанного применения* содержательно неограниченной сферы защиты общей свободы действий; кроме того, последняя должна уступать специальным основным правам, и только если поведение не попадает в сферу их защиты, общая свобода действий обеспечивает *беспробельное* гарантирование прав человека (Auffanggrundrecht). Сказанное, однако, имеет дисциплинирующее значение скорее для граждан-субъектов такой свободы, но не для конституционной юстиции, которая *при необходимости* в рамках взвешивания может активировать это основное право для признания неконституционным решений демократически избранного законодателя на основании *любой конституционной жалобы*. Таким образом, общую свободу личности следует рассматривать как одно из изобретений ФКС в борьбе за власть, способных существенно расширить его влияние через институт конституционной жалобы. См.: Hohnerlein, J. Grundrechtlicher Schutz der Willkürfreiheit – eine materielle Grenze der politischen Gestaltung? // Der Staat. 2022. №61(4). S. 637-664; Lang, H. GG Art. 2 // Epping, V., Hillgruber, C. (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz. 54. Aufl. München: C.H. Beck, 2023. Rn. 1-11; Lenz, S. Das Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1957 // RW Rechtswissenschaft. 2016. №7(2). S. 149-176.

аргументационные структуры. Таким образом, *плюралистическая* и *этатистская аргументационные линии* во многом сохраняют влияние.

В этом разделе мы попытаемся системно спроецировать их на коммуникационную проблематику, очертив *две базовые нормативные конституционно-правовые модели коммуникационного порядка ФРГ*. Подобное моделирование вовсе не выглядит искусственным; напротив, оно является органичным и основанным на практике продолжением мышления от государства или от конституции в условиях медиализации.

В особенности первая модель, обозначаемая нами также как *плюралистическая* или *интеграционная*, является закономерным следствием динамики школы Сменда и неоплюралистов: с практически полным переходом борьбы плюралистических групп в сферу (цифровой) коммуникации, то есть ее превращением в конкуренцию медиализированных точек зрения, число возможных комбинаций содержащихся в них аргументов кратно возрастает и стимулирует столь глубокое разделение[398], что вызываемая им *атомизация* становится системным вызовом, вынуждающим власть декларировать активные меры по гарантированию плюрализма, которые в действительности нацеливаются на сохранение или предотвращение единства по важным для нее вопросам.

Дав комментарии относительно названия первой модели, охарактеризуем ее системообразующие принципы. Плюралистическая или интеграционная модель направлена *на преодоление дуализма государства и общества*; в результате вызванного этим ослабления государства, партийного и потому более неспособного обеспечивать нейтральность, его политическая функция *обобществляется.* Граница между процессами формирования *народной* (Volkswillensbildung) и *государственной* (Staatswillensbildung) воли ослабляется или исчезает[399]: выборы в существенной степени предопределяются общественной

---

[398] **Возрастающая плюрализация политической коммуникации** связывается в литературе с усложнением медиасетей, которое, в свою очередь, предопределяется развитием цифровых технологий и интерфейсов и увеличением количества непрофессиональных участников массовой коммуникации. Традиционные игроки (нео)плюралистической системы (политики, партии, медиа, профсоюзы) лишаются эксклюзивной роли в трансляции общественного мнения «снизу вверх». Вместе с потерей влияния, однако, ослабляется и их упорядочивающая общественный дискурс функция: если ранее традиционные игроки, зачастую являясь *физическими величинами*, выступали *узлами* политической коммуникации, объединяющими разные аргументы вокруг себя и создающими *комплексные точки зрения*, которые стабилизировали и делали систему более предсказуемой, то с переходом политической коммуникации в цифровой мир роль *узлов – точек сбора аргументов* – стали выполнять не столько физические, сколько *виртуальные величины* (например, лента в социальных сетях, страница результатов поиска, анонимный канал), соответственно, возможности *комбинации* аргументов кратно возросли. *Переход от субстанционального к виртуальному* еще сильнее релятивирует фактические различия (например, языковые или этнические), однако, при этом цифровая медиасистема активно создает различия виртуальные, которые затем воплощаются в реальность в поведении людей, прошедших массовомедиальную социализацию. Таким образом, возрастает *социальная атомизация* или *поляризация*. См. в этом направлении: Vowe, G. Struktureller Wandel der politischen Kommunikation: Chancen und Risiken für liberale Demokratien // Zeitschrift für Parteienwissenschaften. 2022. №3. S. 194-195.

[399] **Различие между народной и государственной волей** есть следствие дуализма общества и государства. Если *процесс формирования народной воли* происходит в области общественного мнения постоянно и свободно при участии различных социальных сил согласно их *фактически неравным* возможностям обеспечить продвижение выгодных для себя аргументов, то *государственная воля* формируется в другой логике – во время выборов в рамках строго формализованной процедуры на основе *политического равенства*. С возрастанием значения общественного мнения и

дискуссией или вовсе уступают ей место. При этом политизированное общество способно рефлексировать исключительно посредством *медиализированной публичной сферы*[400], которая является и результатом, и драйвером переплетения государственных и корпоративных структур, *локомотивом социальной тотализации*[401]. Область общественного мнения, репрезентирующая социум, становится основным источником легитимации власти и потому нуждается в *совокупной нейтральности*. Иными словами, от ее способности интегрировать все значимые точки зрения в генерализованное общественное мнение при соблюдении относительного равенства зависит не только судьба подчиненного ему государства, но и принципиальное одобрение политической системы ее участниками. При этом нейтральность общественного мнения не означает его истинность, скорее она трактуется конструктивистски[402] и сообщает лишь о временном итоге соотношения сил, обеспечивающих продвижение тех или иных аргументов.

Для того чтобы этот итог признавался справедливым, в каждом случае он должен быть результатом *плюралистического столкновения мнений*. Поскольку разнообразные мнения медиасистема производит в избытке в силу своей экономической организации, результат их обобщения попадает в зависимость от гармоничного применения для организации публичной сферы разнонаправленных базовых принципов коммуникационного порядка, то есть проведения *коммуникационной политики*[403]. Коммуникационная политика, таким

ослаблением роли парламентской дискуссии возникает необходимость подвергнуть ранее нерегламентированный процесс формирования народной воли ограничениям для противодействия влиянию плюралистических групп «в обход» выборов, что, однако, таит риски организации выгодного государству волеизъявления «сверху вниз». ФКС балансирует между этими крайностями, *с одной стороны*, фактически распространяя принцип политического равенства на сферу общественного мнения и подчеркивая важность коммуникационных свобод для демократии (BVerfGE 7, 198 (208)), *с другой стороны*, несмотря на их взаимодействие, отмечая принципиальное различие в логике формирования народной и государственной воли и относя общественное мнение только к общественной сфере (BVerfGE 8, 104 (115)). Эта пограничная позиция, на наш взгляд, обусловлена тем, что формальный отказ от названного разделения разрушит логику текста Основного закона и выстроенную вокруг него догматику. См. подробнее: Hindelang, S. Op. cit. S. 155-167; Kloepfer, M. §42. Öffentliche Meinung, Massenmedien // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit. Rn. 20-29.

[400] ФКС указывал, что *«демократическое государство не может существовать без свободного и по возможности хорошо информированного общественного мнения»*. См.: BVerfGE 27, 71 (81).

[401] Медиа, как и политические партии, действуя на стыке государства и общества, размывают границы между ними.

[402] **Коммуникационная сфера в неоплюралистической парадигме** не может ориентироваться на поиск истины, поскольку в ней разнообразные общественные группы с помощью аргументов ведут борьбу *за реализацию собственного интереса*. Неслучайно, что сторонник этого направления Хоффманн-Рим указывает на социальное конструирование реальности Питера Бергера и Томаса Лукмана как на учение, совместимое с интеграционной моделью. См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 6-8.

[403] **Коммуникационная политика** в настоящей работе понимается как более широкая категория, включающая *медиаполитику*. В то время как последняя подразумевает лишь управление массово-информационной сферой, первая также охватывает и установление принципов индивидуальной коммуникации. Несмотря на то, что конвергенция массовой и индивидуальной коммуникации несколько усложняет это разграничение, в настоящей работе мы стремимся использовать термин *медиаполитика* в контексте медиарегулирования, *коммуникационная политика* – в отношении всеобъемлющего управления коммуникационным порядком. Примером проведения коммуникационной политики может являться привилегирование способа реализации свободы выражения мнения в зависимости от значимости высказывания для демократической дискуссии. См. подраздел 7 §1.4. Медиаполитика реализуется, например, посредством установления принципов функционирования частного и общественного вещания. См. подраздел 5 §2.3.

образом, становится одним из ключевых инструментов управления, от которого зависит стратегическая стабильность социальной системы.

Сообразно своему значению коммуникационная политика получает ранг конституционно-значимого установления, изменение которого в отсутствие консенсуса наиболее влиятельных политических игроков не допускается. *Для этого она переносится из конкурентного в бесспорный сектор плюралистической демократии, становясь содержанием коммуникационных свобод абзаца 1 статьи 5 Основного закона*. Это решение является фундаментом интеграционной модели: коммуникационная политика становится в ней политикой прав человека (Kommunikationspolitik als Grundrechtspolitik)[404]. В результате *амбивалентного взаимодействия* коммуникационной политики и коммуникационных основных прав определяются значимые признаки интеграционной модели.

С одной стороны, цель коммуникационной политики, заключающаяся в поддержании оптимального для легитимации действий власти уровня плюрализма в публичном дискурсе, *деполитизируется* и трансформируется в *демократический компонент* коммуникационных свобод, релятивирующий их классическое значение как индивидуально-субъективных гарантий невмешательства государства ради абстрактной цели по гарантированию демократического процесса[405]. Этот демократический аспект в несколько догматических шагов приводит к признанию *публичной задачи* как формы предпочтительного, служащего демократии поведения субъекта коммуникации[406], что сигнализирует о конфликтном смешении функций основных прав status activus и status negativus. Сложноразделимые в таком смешении демократический и индивидуально-субъективный компоненты коммуникационных свобод принимают *объективно-правовой* характер, разрастаясь до

---

[404] См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 6, 48.

[405] Таким образом, гарантии абзаца 1 статьи 5 Основного закона ориентированы на установление конституционно-приемлемых принципов и институтов, упорядочивающих как массовую, так и индивидуальную коммуникацию вне связи с индивидуально-субъективными притязаниями носителей основных прав – *они защищают абстрактную, бессубъектную свободу формирования общественного мнения в демократии* (Freiheit der Bildung der öffentlichen Meinung in der Demokratie). См. в этом направлении: Grabenwarter, C. GG Art. 5 // Maunz, T., Dürig, G., et al. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 106. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 5-8; Jestaedt, M. §102. Meinungsfreiheit // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Bd. 4. Rn. 14; Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 189-191.

[406] **Исследователь Михаэль Флитч выделяет три таких шага, которые проходит ФКС в своей практике**. *Во-первых*, признается *конституирующее значение* (schlechthin konstituierend) коммуникационных свобод для демократии. *Во-вторых*, из него выводится абстрактная свобода формирования общественного мнения в демократии. *В-третьих*, свобода формирования общественного мнения интерпретируется не как социологический факт, но в качестве правовой категории, ориентированной на выполнение *публичной задачи* – желательного с точки зрения общего блага поведения субъекта коммуникации. На последнего, таким образом, частично возлагается близкая к государственной альтруистическая функция, способная оказывать нормативное влияние на индивидуально-субъективный компонент коммуникационных свобод. Если либеральная парадигма исходит из того, что *демократический дискурс как социологический факт является следствием индивидуальной реализации коммуникационных свобод*, то в интеграционной модели эта аргументация «переворачивается»: *абстрактная ценность демократического дискурса становится нормативной категорией и упорядочивает реализацию индивидуально-субъективной гарантии*. Этот процесс обозначается также как **функционализация коммуникационных свобод**. См.: Flitsch, M. Die Funktionalisierung der Kommunikationsgrundrechte. 1st ed. Berlin: Duncker und Humblot; 1998. S. 66-76; см. §1.4. настоящей работы.

общих принципов всего правового порядка[407]. Приобретая одновременно с этим характер *ценностей*, они требуют своего активного материального воплощения против «врагов демократии». Наконец, социально-демократическое содержание коммуникационной политики неоплюралистического толка предпосылает мягкий переход от формального к фактическому равенству в сфере коммуникации, направленному на обеспечение возможности *справедливого и реального участия в коммуникации* (kommunikative Chancengleichheit), гарантирование которого связывается, прежде всего, с перераспределением экономических благ[408]. Таким образом, коммуникационная политика, опосредованная экстенсивной интерпретацией принципов демократии, правового и социального государства, придает коммуникационным свободам *круговой* или *всеохватывающий характер* (Rundumfreiheit)[409]. Важнейшая деталь, однако, состоит в том, что такая «круговая свобода» может легко превратиться в «круговую несвободу»[410], ведь *свобода от всего и всех есть несвобода*. При этом интерпретатор, монопольно примиряющий «круговые» свободы, получает неограниченную и необоснованную власть.

С другой стороны, интеграционная модель вынуждена считаться с индивидуально-субъективным измерением коммуникационных свобод: основанное на остающемся системообразующим в немецком праве принципе автономии личности, оно придает публичному дискурсу искомую легитимность «снизу вверх». Иными словами, коммуникационные свободы как негативные основные права (Abwehrrechte) должны быть не подавлены, но *интегрированы* с демократическим компонентом и при этом так, чтобы их реализация не мешала проведению коммуникационной политики. С этой целью в рамках рассматриваемой модели гипертрофируется категория вмешательства в основное право[411] и расширяются принципы независимости коммуникационного порядка от государства

---

[407] См.: Jestaedt, M. §102. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 15-16.

[408] **Принцип равенства шансов в сфере коммуникации** представляет собой гибридную концепцию, основанную *на противоречивом сочетании формального и фактического равенства*. Так, *с одной стороны*, Хоффманн-Рим указывает, что равенство шансов в сфере коммуникации обеспечивается враждебностью плюралистической модели к необоснованным привилегиям; при этом в качестве таковых может признаваться и фактическое доминирующее положение субъекта коммуникации, основанное на обладание им сверхресурсами. *С другой стороны*, ученый подчеркивает, что рассматриваемая концепция не должна пониматься как «уравниловка» (Gleichmacherei). Хоффманн-Рим, однако, игнорирует возникающие из этого противоречия *избирательность* и *казуистичность*, что открывает для регулятора неограниченные возможности вмешательства в коммуникационный порядок. См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 12-17.

[409] Ibid. Rn. 18, 59.

[410] Также критически см.: Bullinger, M. §163. Freiheit von Presse, Rundfunk, Film // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg: Müller, 2005. Bd. 7. Rn. 22.

[411] См. подраздел 3 §1.4.

(Staatsfreiheit)[412] и недопустимости цензуры (Zensurverbot)[413]. Но почему это не блокирует, а только помогает проведению коммуникационной политики?

Ответ кроется в присущем интеграционной модели *гармонизме*, что означает постоянный поиск оптимума между многочисленными противоречиями. Чем больше будет противоречий и радикальнее их характер, тем больше будет свободы усмотрения в поиске оптимального соотношения между ними. Иными словами, в интеграционной модели противоположности умышленно абсолютизируются, чтобы затем подвергнуться оптимизации. Например, в ее рамках возникает два разнонаправленных принципа: *(1) государство должно вмешиваться* в коммуникационный порядок, чтобы гарантировать необходимый для функционирования демократии плюрализм и *(2) государство не может вмешиваться* в коммуникационный порядок, потому что даже незначительное его ограничение угрожает демократии и плюрализму. Обратим внимание, что в плюралистической модели этому противоречию не корреспондирует дуализм коммуникационного основного права и вмешательства в него; скорее, оно переносится на уровень содержания, то есть сферы защиты коммуникационных свобод: в такой парадигме *оформление* (Ausgestaltung) и *ограничение* (Einschränkung) основного права становятся неотличимыми[414]. Таким образом, *во всех случаях*, когда коммуникационные свободы как индивидуально-субъективные гарантии блокируют коммуникационную политику, выгодные ей результаты можно представить, во-первых, не как ограничение, а как оформление основных прав во благо их деперсонализированного демократического содержания или, во-

---

[412] **Принцип независимости от государства** по общему правилу предполагает невмешательство как исполнительной, так и законодательной властей при оформлении коммуникационного порядка. Указанный запрет в качестве усиленной негативной компетенционной нормы может выводиться как из классической либеральной интерпретации коммуникационных свобод, так и рассматриваться в виде следствия их объективно-правового содержания, направленного на гарантирование плюрализма. Ключевая особенность этого принципа в интеграционной модели заключается в том, что *при широкой интерпретации он действует относительно*, поскольку на государство также возлагается обязательство гарантировать независимость коммуникационного порядка от частных лиц. Иными словами, государство одновременно признается и гарантом, и угрозой для коммуникационного порядка. См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 57-58; подробнее см. также подраздел 16 §2.3.

[413] **Запрет цензуры** в интеграционной модели также перестает пониматься в узком смысле как недопустимость *формальной предварительной цензуры* (formelle Vorzensur), то есть постановки возможности публикации в зависимость от предшествующего ее распространению разрешения государственного органа на основе содержательной проверки. Хоффманн-Рим предлагает расширить запрет цензуры до принципа, не допускающего систематический контроль за коммуникацией посредством как правовых, так и фактических мер не только со стороны государства, но и влиятельных частных акторов, злоупотребляющих, например, собственной экономической властью. См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 44-47. Поскольку запрет формальной предварительной цензуры в соответствии с Основным законом действует *абсолютно*, предлагаемое Хоффманном-Римом существенное расширение содержания данного запрета неизбежно снизит его нормативное значение до *относительного*, то есть применяемого с учетом обстоятельств конкретного дела в результате взвешивания. Теряя различимые контуры и становясь относительным, *запрет цензуры утрачивает свое самостоятельное значение, сливаясь с критериями допустимости ограничений коммуникационных свобод абзаца 2 статьи 5 Основного закона*. См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 115-118.

[414] Так, Хоффманн-Рим указывает, что при реализации законодателем своей компетенции в коммуникационной сфере различие между оформлением и ограничением коммуникационных основных прав производится *по определяемой в зависимости от контекста цели той или иной меры*; при этом по умолчанию считается, что законодательные меры в медиасфере направлены на оформление коммуникационных свобод. См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 34-36. См. подраздел 2 §1.4.

вторых, противопоставить на уровне судебной проверки экстремально расширенные коллидирующие основные права-принципы таким образом, чтобы добиться политически предопределенного результата, в том числе обосновать их взаимную нейтрализацию.

Результаты оптимизации имманентных интеграционной модели противоречий кристаллизуются в ее *базовых программно-организационных решениях*, важнейшие из которых заслуживают упоминания.

Во-первых, присущие коммуникационной политике признаки (всеохватность, изменчивость, неопределенность) через концепцию гармонизма предпосылают *открытый характер конституционно-судебной интерпретации коммуникационных свобод методом взвешивания*, вступая в конфликт со стабилизирующей функцией права.

Во-вторых, в системе разделения властей роль законодателя как субъекта принятия ключевых коммуникационно-политических решений снижается до минимума, в то время как судебно-конституционный контроль определяет в мелких деталях все существенные принципы коммуникационного порядка; при этом в целях соблюдения принципа независимости коммуникационного порядка от государства законодательная и исполнительная ветви власти лишаются *возможностей прямого воздействия* и передают решение текущих вопросов на откуп *регулируемому саморегулированию*[415], формально автономному, но посредством государственного рамочного регулирования запрограммированному на принятие системно конформных решений при одновременном переложении ответственности за их возможные последствия на общество.

В-третьих, опосредованное действие коммуникационных свобод между частными лицами (mittelbare Drittwirkung), одобряемое в интеграционной модели, вызывает на нормативном уровне *конвергенцию регулирования индивидуальной и массовой коммуникации*, которая будет завершена с вероятным введением их непосредственного

---

[415] **Возможности законодателя по управлению коммуникационным порядком**, опираясь на разработки Хоффманна-Рима, в зависимости от уровня вмешательства можно разделить на *опосредованное структурное управление* и *прямое управление поведением* акторов коммуникационной сферы. *Опосредованное структурное управление* предполагает воздействие законодателя на коммуникационный порядок в целом посредством общих запретов, установлений и стимулов. Ученый приводит в пример законодательное изменение отношения между частным и общественным вещанием. *Прямое управление поведением* предполагает введение конкретных содержательных ограничений, например, обязательств журналистской добросовестности, плюралистичности контента или трансляции конкретных вещательных программ. Поскольку в отличие от структурного управления при управлении поведением риск политической инструментализации коммуникационной сферы несоизмеримо выше, в силу принципа независимости коммуникационного порядка *законодатель должен предпочитать структурное управление*, *создавая рамочные условия для саморегулирования*. Хоффманн-Рим приводит в пример существующие требования внутренней организации общественного вещания, обеспечивающие участие в управлении институтом различных общественных групп при одновременном существенном ослаблении государственного надзора. См. Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 55-56, 91-96. Проблема плюралистической модели, однако, заключается в том, что *структурное управление коммуникационным порядком для законодателя практически невозможно в силу высокой конституционно-судебной детализации коммуникационных свобод*, в то время как *прямое управление поведением является нежелательным в силу принципа независимости коммуникационного порядка*.

действия (unmittelbare Drittwirkung)[416]. Нормативные различия в регулировании массовой и индивидуальной коммуникации, еще существующие в рамках плюралистической модели, обусловлены *технологическими* особенностями этих способов коммуникации и отпадут вместе с их исчезновением. Таким образом, интеграционная модель отлично адаптирована к регулированию деятельности медиапосредников[417].

В-четвертых, само понятие плюрализма в сфере коммуникации (медиаплюрализма[418]) в рамках соответствующего позитивного обязательства по его гарантированию *как максимы интеграционной модели* распадается (плюрализуется!) на множество измерений, приобретающих значение для всех без исключения информационных жанров[419]. Иными словами, категория медиаплюрализма расширяется до объема коммуникационной политики[420]. Плюрализм в этой парадигме понимается не только и не столько как многообразие, достигаемое в результате индивидуальной реализации коммуникационных свобод на догосударственном уровне, но как цель, предполагающая для своего достижения активные действия по организации коммуникационного порядка. Интеграционная модель не доверяет свободному рынку и отвергает тождество экономической и публицистической конкуренции, ставя либеральный тип организации коммуникационной сферы под условие эффективности выполнения задачи по гарантированию плюрализма[421].

---

[416] Например, идея введения непосредственного действия коммуникационных свобод активно обсуждается в отношении крупных медиапосредников. Практика дает основание предполагать, что близкий к этому эффект действия основных прав уже достигнут. См.: Kühling, J. GG Art. 5 // Gersdorf, H., Paal, BP. (Hrsg.) BeckOK Informations- und Medienrecht. 46. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 18, 38a.

[417] Определение понятия медиапосредники см. в подразделе 4 §2.1.

[418] **Понятие медиаплюрализм** мы стараемся употреблять в настоящей работе преимущественно в заголовках и при воспроизведении правовых источников, чтобы соблюсти должную аккуратность и у читателя при первом обращении сложилось верное представление о предмете обсуждения – концепциях гарантирования плюрализма в сфере коммуникации; в работе не идет речь, например, о плюрализме политических партий или религиозном плюрализме. В то же время в рамках основных рассуждений, как правило, употребляется понятие плюрализм. Это авторское решение подчеркивает, что категория «медиаплюрализм» имеет скорее технический характер – в условиях медиализации, когда политические партии и многие другие общественные объединения утрачивают свою роль, а медиапотребление возрастает, было бы справедливо утверждать, что медиаплюрализм становится единственным «плюрализмом».

[419] См. введение.

[420] **Равенство объемов конституционно-правовых категорий интеграционной модели** может выглядеть следующим образом: *гарантирование медиаплюрализма = обеспечение свободы формирования общественного мнения в демократии = гарантирование коммуникационных свобод = проведение коммуникационной или медиаполитики*.

[421] **Недоверие интеграционной модели свободному рынку** выражается в том, что ее сторонники опровергают тезис о *безусловной связи экономической конкуренции и публицистического многообразия*. Поэтому в интеграционной модели появляется самостоятельная категория *публицистической конкуренции*, которая ни эмпирически, ни нормативно не разрабатывается в рамках концепции чисто рыночной организации коммуникационной сферы. Вопрос о том, в какой степени интеграционная модель отвергает свободный рынок, является спорным. *С одной стороны*, зачастую декларируется, что она лишь стремится скорректировать его недостатки, среди которых выделяется, например, естественная высокая концентрация медиасобственности. *С другой стороны*, в рамках интеграционной модели делаются и более общие предположения, что экономическая конкуренция принципиально неспособна удовлетворить многогранные публицистические потребности, например, из-за высокого значения массовой привлекательности медиаконтента для получения прибыли или недостатков финансирования медиа от рекламы. В пользу этой точки зрения говорит и созданное в рамках интеграционной модели *множество критериев плюрализма*, которым свободный рынок явно не в силах выполнить. Таким образом, *интеграционная модель существенно нарушает рыночную логику, но эксплицитно не отказывается от рыночных категорий,* продолжая, например, измерять публицистическую, а не

В-пятых, центральным институтом интеграционной модели становится *общественное вещание*, задача которого заключается в выполнении демократической и социальной функции по снабжению общества плюралистической, *в сумме своей нейтральной информацией*, к качеству которой в рамках национального коммуникационного порядка предъявляются самые высокие требования. Общественное вещание формально функционирует на принципах независимости от государства, в том числе в существенной степени и от парламента, управляется при содействии плюралистических групп и финансируется нерыночным способом[422]. Нейтральность института общественного вещания ставит его выше партийного плюралистического государства, поэтому его конструирование имеет стратегическое значение для власти. Поскольку архитекторами немецкого общественного вещания являлись западные союзники, а роль образца сыграла английская BBC[423], не будет преувеличением считать всю интеграционную модель произведением, вдохновленным, прежде всего, британским опытом.

В-шестых, в силу своей генеральной направленности на нейтральность в области общественного мнения интеграционная модель не приветствует принцип свободы определения собственником политико-публицистической направленности своего медиа (Tendenzschutz, Tendenzfreiheit)[424]; на прессу и частное вещание налагаются *обязательства по соблюдению добросовестности*, которые в случае политической необходимости могут быть существенно ужесточены. По общему правилу *интеграционная модель тяготеет к принципу внутреннего плюрализма*, в соответствии с которым плюралистичность ожидается от конкретного медиа, а не от какого-либо медиасектора или коммуникационной сферы в целом. В определенных случаях речь может идти и о *внутренней свободе прессы*. Статус медиа в интеграционной модели походит на положение политических партий, потому что и те, и другие относятся к общественной сфере, выполняя при этом значимую публичную функцию, порождающую различные привилегии или ограничения[425].

рыночную конкуренцию методами, сходными с экономическими. См. в этом направлении: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 75-105.

[422] Конституционно-правовые аспекты общественного вещания анализируются в подразделе 18 §1.4.

[423] См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 97.

[424] Хоффманн-Рим в этом контексте предостерегает от опасности *смешения публицистических и иных, в особенности экономических интересов*: если медиасобственник будет иметь неограниченную возможность определять политико-публицистическую направленность своего издания, то он сможет использовать ее как средство для достижения власти в процессе коммуникации. Поэтому, по мнению ученого, названная возможность должна быть ограничена. Ibid. Rn. 89.

[425] **Сходство медиа с политическими партиями** проявляется в том, что и первые, и вторые выполняют посредническую функцию между народом и государственными органами, связывают государство и общество. Из этой функции в их отношении выводятся различные привилегии или ограничения. Презюмируется, что *политические партии находятся в наибольшей близости к государству*, поэтому в соотношении между принципами свободы и равенства в парадигме их регулирования доминирует последнее. Например, финансирование, внутренняя организация политических партий или проводимая ими деятельность по агитации являются предметом детального и весьма жесткого конституционно-правового регулирования в целях обеспечения равенства шансов различных политических сил. *Медиа связаны с государством и выполнением публичной функции несколько слабее*, соответственно, в подходе к их регулированию доминирует свобода, а не равенство. В процессе медиализации, однако, посредническая роль медиа

В-седьмых, в многоуровневой системе власти интеграционная модель, с одной стороны, возвышая не имеющую строгих национальных границ сферу общественного мнения над государством, способствует трансатлантической глобализации и европеизации, с другой стороны, она же вызывает дефедерализацию и скрытую концентрацию полномочий в силу того, что системно-значимые решения в ней принимает *Федеральный* конституционный суд, а не *земельный* законодатель.

Проводя итоговый анализ преимуществ и рисков плюралистической модели, отметим ее высокую чувствительность к фактическому неравенству в сфере коммуникации и большое внимание к значению коммуникационных свобод для демократии. Обращаясь к междисциплинарным исследованиям медиаэффектов[426] и медиаэкономики, она успешно развенчала миф об эффективности с точки зрения гарантирования плюрализма организации коммуникационной сферы на рыночных принципах, предложила в своей задумке безусловно необходимый институт общественного вещания и подтвердила тесную связь между индивидуальной и массовой коммуникацией[427].

Интеграционная модель, однако, использует социологический подход не вполне последовательно: если научные данные о медиаэффектах успешно применяются в ней для обоснования нерыночных конституционно-правовых методов регулирования коммуникационного порядка, то *вопрос об их влиянии на убедительность нормативного идеала зрелого гражданина скорее игнорируется*[428]; и это несмотря на его ключевое значение для дискуссии на стыке междисциплинарных социологических исследований и конституционного права[429]. От непоследовательности страдает и обращение теоретиков

существенно возрастает, догоняя или даже превосходя значение политических партий. В этой связи интеграционная модель формулирует детальные конституционно-правовые требования к финансированию и внутренней организации общественного вещания или обязательства журналистской добросовестности в отношении частного вещания и прессы. Дополнительную сложность проблематике придает *вопрос о взаимодействии (или симбиозе) политических партий и медиа*, что ставит под сомнение устоявшиеся нормативные представления об их контрольной функции как «четвертой власти». См.: Degenhart, C. Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. Op. cit. S. 17-30; Jun, U., Borucki, I., Reichard, D. Parteien und Medien // Niedermayer, O. (Hrsg.) Handbuch Parteienforschung. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2013. S. 349-355, 373-374.

[426] **Категория «медиаэффект»** в широком смысле охватывает все изменения, которые вызывают медиа и их сообщения, в том числе частично или во взаимодействии с иными факторами. Такие изменения могут прямо или косвенно влиять на свойства индивидов, их агрегатов, а также систем и институтов. См. подробнее: Schweiger, W. Grundlagen: Was sind Medienwirkungen? – Überblick und Systematik // Schweiger, W., Fahr, A. (Hrsg.) Handbuch Medienwirkungsforschung. Wiesbaden: Springer VS, 2013. S. 15-38.

[427] См. в этом направлении: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 8, 21, 24-32, 49-54; Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 81-86; Cornils. M. §120. Rundfunkfreiheit // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 44-48.

[428] См.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 18.

[429] **Эмпирико-функционалистская группа медиатеорий**, к которой можно отнести работы Гарольда Лассуэлла, Пола Лазарсфельда и Уолтера Липпмана, традиционно уделяла исследованиям медиаэффектов большое внимание и потому была весьма далека от веры в просвещенческие идеалы. Ее ценность для нашего рассмотрения проявляется в близости к политической практике, соотнесение которой с конституционно-правовыми принципами может многое сказать о степени их воплощения (и принципиальной воплотимости!) в жизнь. Лассуэлл, исследовавший технику пропаганды в Первой мировой войне, скорее склонялся к воззрениям Фрейда; проведенный им анализ пропагандистской работы Комитета Крила едва ли мог способствовать подкреплению идеала об автономии личности. Уолтер Липпман также находился под влиянием психоаналитической парадигмы, популярной в начале XX века:

интеграционной модели к политической экономии медиа: вслед за критической школой[430] и следующих в этом же русле работ Герберта Шиллера[431] и Ноама Хомского[432] они гипертрофируют значение экономических факторов, игнорируя более значимую политическую логику, индифферентную к получению прибыли.

Неслучайно, что в настоящее время как в Германии, так и в целом на Западе отсутствует *системная социологическая макротеория медиа*[433], основанная на

недостатки коммуникационной сферы он связывал с технологией производства информации и социально-психологическими особенностями ее восприятия аудиторией, а не только лишь с действиями государства или несовершенствами рынка. Разработанная им теория стереотипов была несовместима с нормативным демократическим идеалом зрелого гражданина, но хорошо сопрягалась с реальнополитическим элитаризмом, основанным на эмпирии. *Неслучайно концепция общественного мнения Липпмана обозначается в литературе как «противоядие» идеям Хабермаса*. Оговоримся, однако, что и Липпман исходил из нормативных представлений о необходимости либеральной демократии, но вера в эти постулаты в его работах имела подчиненный характер. В Германии парадигму Липпмана продолжала развивать Элизабет Ноэль-Нойманн: разработанная ей концепция «спирали молчания» (Theorie der Schweigespirale) подчеркивала большое значение социального медиаконтроля за подверженными страху социальной изоляции индивидами, который особенно возрастает в условиях созвучия (Konsonanz) представленных в медиасфере точек зрения. Подходы эмпирико-функционалистской школы предвосхитили множество современных направлений исследований медиаэффектов и были ими в целом подтверждены. Например, теория стереотипов Липпмана хорошо согласуется с современными исследованиями переработки информации, эффектами прайминга и фрейминга, когнитивного диссонанса, установления повестки дня; подходы Лазарсфельда легли в основу психологических исследований медиаэффектов; несмотря на некоторую упрощенность теория волшебной пули Лассуэлла оказала влияние на современные исследования персуазивности. Кроме того, и множество других направлений в исследованиях медиаэффектов косвенно связаны с реалистическими, исходящими из негативной антропологии идеями эмпирико-функционалистской школы. См. подробнее: Кирия И.В., Новикова А.А. История и теория медиа. 2-е изд. испр. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2020. С. 257-266; Wilke, J. Nicht nur ein Theoretiker der Öffentlichen Meinung: Walter Lippmann Revisited // M&K Medien & Kommunikationswissenschaft. 2007. Vol. 55. №4. S. 595-612; Früh, H. Grundlagen: Informationsverarbeitung // Schweiger, W., Fahr, A. (Hrsg.) Handbuch Medienwirkungsforschung. Wiesbaden: Springer VS, 2013. S. 133-152; Schemer, C. Priming, Framing, Stereotype // Ibid. S. 153-170; Bulkow, K., Schweiger, W. Agenda Setting – zwischen gesellschaftlichem Phänomen und individuellem Prozess // Ibid. S. 171-190; Rossmann, C. Kultivierungsforschung: Idee, Entwicklung und Integration // Ibid. S. 207-223; Roessing, T. Öffentliche Meinung. Op. cit. S. 484.

[430] Фрейдомарксизм теоретиков Франкфуртской школы Теодора Адорно, Макса Хоркхаймера, Герберта Маркузе и Вальтера Беньямина, на наш взгляд, в отношении медиатеории означал *постановку учения Зигмунда Фрейда на службу идеям Карла Маркса*. Таким образом, через исследования коммуникации критических теоретиков красной нитью проходит именно экономическая проблематика, пусть и в некоторой степени сопряженная с иными проблемами. См. в этом направлении: Schwering, G. Kritische Medientheorien // Schröter, J. (Hrsg). Handbuch Medienwissenschaft. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2014. S. 104-115; Кирия, И.В., Новикова, А.А. Указ. соч. С. 273-280.

[431] См.: Шиллер, Г. Манипуляторы сознанием / Пер. с англ.; Науч. ред. Я. Н. Засурский. М.: Мысль, 1980.

[432] См. обзорно: Назаров, М.М. Производство согласия: объяснительная модель функционирования медиа // Наука. Культура. Общество. 2022. Т. 28. № 4. С. 8–21.

[433] В целях систематизации мы предлагаем выделить **три уровня социологических медиаисследований** в зависимости от степени абстракции. *На микроуровне* находятся разрозненные и многообразные исследования медиаэффектов (например, теории установления повестки дня (Agenda Setting), прайминга и фрейминга) или практикоориентированные медиаэкономические исследования. Привязка к эмпирии является их преимуществом. Недостаток, однако, заключается в том, что полученные на этом уровне научные результаты не используются для формулирования обобщенных выводов индуктивным путем. *На мезоуровне* хотя и наблюдается попытка обобщить полученные на первом уровне научные данные, которая, однако, выполняется в какой-либо одной парадигме, зачастую экономической или узкополитической, без системного встраивания в общесоциальный контекст. Сюда можно отнести концепцию производства согласия Эдварда Хермана и Ноама Хомского, медиаисследования Франкфуртской школы или работу «Общественное мнение» Уолтера Липпмана. *На макроуровне* достигается высокий уровень абстракции, однако полученные дедуктивным путем умозаключения едва ли соотносятся с практикой. Примерами исследований такого рода являются системная теория Никласа Лумана в целом и его работа «Реальность массмедиа» в частности. Так, немецкий ученый Луман, абстрактно рассуждая о функциях подсистемы массмедиа по общественному самонаблюдению, управлению социальным временем и памятью, игнорирует особенности выполняющих их субъектов, неравенство между ними, их способности влиять на человеческое сознание: в его работе не встретить глубокого анализа деятельности информационных агентств, проблем медиаэффектов и медиаэкономики. Несмотря на специфический усложненный язык, им были предложены интереснейшие подходы к анализу коммуникационной сферы, которые,

медиаэкономике, исследованиях медиаэффектов и одновременно с этим выполненная в нейтральной реальнополитической логике – ее появление поставило бы интеграционную модель под сомнение, ведь конфликтующие с нормативными представлениями об автономии личности и публичной функции медиа эмпирические данные имеют более глубокие исторические, политэкономические и социально-психологические предпосылки, на которые предлагаемый сторонниками плюралистической модели отход от чисто рыночной организации коммуникационной сферы едва ли оказывает влияние. Поэтому интеграционная модель пользуется междисциплинарными исследованиями лишь в том объеме, в котором они сопрягаются с небесспорными нормативными постулатами родственной ей *теории социальной ответственности прессы*[434].

Кроме того, заслуживающая одобрения идея дополнения негативного аспекта коммуникационной свободы позитивным, проходящая красной нитью сквозь плюралистическую модель, наталкивается на риск их тотальной взаимной нейтрализации; сокрытие коммуникационной политики диффузной правочеловеческой догматикой при помощи оторванной от текста Основного закона судебной интерпретации, постоянно расширяющей материальное конституционное право, лишь мультиплицирует его. Поэтому, на наш взгляд, *права человека не могут полностью предопределять коммуникационную политику.* Иное приведет к утрате первыми их стабилизирующей функции[435]. В теории интеграционная модель, однако, выглядит куда более умеренно, по крайней мере в том неустаревающем, фундаментальном и системном виде, как ее описал профессор Вольфганг Хоффманн-Рим[436]. Оговоримся, однако, что и Хессе[437], и Хоффманн-Рим[438] принимали самое непосредственное участие в конституционно-правовом оформлении ФКС существующего

однако, мало соотносятся с практикой и едва ли дают руководство к действию. *Таким образом, системная, образованная индуктивно социологическая макротеория медиа отсутствует.* См. подробнее: Binczek, N. Die Realität der Massenmedien (1995) // Jahraus, O., Nassehi, A. (Hrsg.) Luhmann-Handbuch: Leben - Werk - Wirkung. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2012. S. 186-192; Plumpe, M. Systemtheoretische und konstruktivistische Medientheorien // Schröter, J. (Hrsg). Handbuch Medienwissenschaft. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2014. S. 123-130; Луман, Н. Реальность массмедиа / Пер. с нем. А. Ю. Антоновского. М.: Праксис, 2005. С. 148-159.

[434] См.: Сиберт, Ф., Шрамм, У., Питерсон, Т. Четыре теории прессы. М.: Вагриус, 1998. С. 112-155.

[435] Так, например, в немецкой конституционной действительности реализация свободы выражения мнения как индивидуально-субъективного основного права уже признается угрозой для демократии. См. в этом направлении: Degenhart, C. Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie? // Kriminalpolitische Zeitschrift. №1. 2025. S. 4-9.

[436] Системное изложение см.: Hoffmann-Riem, W. §7. Kommunikations- und Medienfreiheit. Op. cit.

[437] **Конрад Хессе** принимал участие в подготовке базовых решений ФКС по свободе выражения мнения и прессы (BVerfGE 54, 148; BVerfGE 54, 208) и по свободе вещания (BVerfGE 57, 295; BVerfGE 73, 118; BVerfGE 74, 297). См.: Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts. Ehemaliger Bundesverfassungsrichter Konrad Hesse verstorben. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2005/bvg05-029.html (accessed: 01.10.2024).

[438] **Вольфганг Хоффманн-Рим** также специализировался в ФКС на коммуникационных свободах. При его участии были подготовлены важнейшие решения, в особенности: BVerfGE 103, 44; BVerfGE 109, 279; BVerfGE 117, 244; BVerfGE 119, 181; BVerfGE 119, 309; BVerfGE 120, 180; BVerfGE 120, 274; BVerfGE 121, 1. См.: Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts. 85. Geburtstag des ehemaligen Richters des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Hoffmann-Riem. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2025/bvg25-021.html (accessed: 03.05.2025).

коммуникационного порядка: его тревожная действительность, вероятно, была им хорошо знакома, однако по непонятным причинам не нашла критического отражения в их работах. Таким образом, интеграционная модель по сей день является *доминантной* как в немецкой конституционно-правовой науке, так и на практике.

2. Вторую конституционно-правовую модель немецкого конституционного порядка мы обозначаем как *либерально-этатистскую*. В ее основе лежат уже проанализированные нами представления Бёкенфёрде, фундамент которых образует признание необходимости нормативного разделения государства и общества. В этой парадигме *нейтральное* государство осуществляет политическую репрезентацию, а источником легитимности является парламент, действующий в границах установленного конституцией *рамочного порядка*. Поскольку государство как форма политического единства народа во многом сохраняет субъектность, сфера общественного мнения в целом политизируется в меньшей степени и остается партийной. Эта разобщенность медиализированного общества подпитывает государство как нейтрализующую силу: *народная воля трансформируются в государственную сначала посредством выборов в парламент и затем через законодательство, а не представляется «под ключ» в виде медиально генерализованного общественного мнения*. Иными словами, гарантирование плюрализма в сфере коммуникации, то есть поддержание совокупной нейтральности общественного мнения, не просто не нужно, но и вредно для избирательно-парламентского канала легитимации государства. Плюрализм мнений в либерально-этатистской модели *не гарантируется, а уважается* как состояние общественной сферы, требующее невмешательства.

По этой же причине в рассматриваемой модели коммуникационные свободы остаются основанными на принципе формального равенства *индивидуально-субъективными гарантиями в биполярных отношениях гражданина и государства* и содержательно являются существенно более узкими, чем коммуникационная политика, находящаяся в диспозиции парламента. Поскольку законодатель стремится воспользоваться конкретным эффектом от проведения коммуникационной политики, он осуществляет регулирование с *помощью правил, а не принципов*, что ограничивает возможности конституционно-судебной интерпретации и препятствует росту объективно-правового измерения основных прав.

Все же и в либерально-этатистской парадигме коммуникационные свободы имеют объективно-правовое измерение, но лишь как *негативные компетенционные нормы*[439],

---

[439] **Негативные компетенционные нормы** ограничивают или вовсе отменяют законодательную, административную и судебную дискрецию государства. В учебной литературе предлагается понимать свободы (Abwehrrechte) как негативные компетенционные нормы. См.: Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. Op. cit. S. 43. Оговоримся, что в литературе данная точка зрения подвергается критике. Так, профессор Йорн Людеманн (Jörn Lüdemann) отмечает, *во-первых*, что основные права не обладают стабильными и четкими границами; их гарантийное содержание определяется скорее в конкретном случае на основе принципа соразмерности. *Во-вторых*, интерпретация основных прав как негативных компетенционных норм смешивает формальный и

устанавливающие рамки для осуществляемой законодателем коммуникационной политики. Важно понимать, что в этом узком компетенционном аспекте они срастаются с ее частью, исключенной из дискреции законодателя, олицетворяя *фундаментальное решение в пользу организации коммуникационной сферы на принципах свободного рынка*. Диаметрально различные его последствия хорошо видны на примерах: если в США, являющимися мировым финансовым центром и местом нахождения крупнейших медиакорпораций, либеральное решение об организации коммуникационной сферы в большей степени соответствует национальному интересу, то в уступающей им по силе Европе, в особенности в послевоенной Германии с частично находящейся под наднациональным контролем экономической системой, чисто рыночная модель коммуникационного порядка будет скорее конфликтовать с этатистским измерением, чем усиливать его.

Вопрос об обоснованности организации коммуникационной сферы на принципах свободного рынка приобретает для конституционалистов особое значение в контексте способности последнего обеспечить плюрализм. Междисциплинарные исследования при ответе на него практически не оставляют неопределенности: *медиарынок по своей природе стремится не к плюрализму, а к гомогенности*[440]. Применение к медиа рыночных принципов не обеспечивает в достаточной степени ни экономическую конкуренцию, ни

материальный критерии конституционности принимаемых государством мер. *В-третьих*, субъекты основных прав – граждане – не являются носителями какой-либо компетенции. Компетенция и свобода – принципиально различные категории, совмещение которых не дает научного прироста. См.: Lüdemann, J. §65 Abwehrrechte // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 12-17. Представленная Людеманном точка зрения, на наш взгляд, *игнорирует последствия от реализации индивидуально-субъективных основных прав на макроуровне*.

[440] **Причины однообразия медиаконтента** экономист Бьорн фон Римша (Bjørn von Rimscha) усматривает в структурных особенностях медиарынка. *Во-первых*, он указывает на высокие фиксированные затраты на производство первого экземпляра медиапродукта, которые уменьшаются с его распространением по бóльшему числу потребителей (First-Copy-Kosten, Fixkostendegression), что, с одной стороны, делает нерентабельным создание оригинального и сложного контента, ориентированного на небольшую целевую группу, и, с другой стороны, стимулирует медиа использовать один и тот же контент как можно дольше. При этом эффект масштаба (economies of scale) дает преимущество на медиарынке крупным медиакомпаниям. *Во-вторых*, гомогенизирующие тенденции проявляются на стороне потребителей. Публика выбирает медиаконтент преимущественно как «кота в мешке», не будучи способной оценить его качество, достоверность или объективность. Например, читатель с трудом определит, создана ли новость собственным корреспондентом или выгодно закуплена у информационного агентства. Гомогенизации также способствует неопределенность, связанная с успехом медиаконтента на рынке: так, поскольку нет простого рецепта популярного и прибыльного шоу, серьезные вложения в его производство становятся высокорискованными. *В-третьих*, информация является общественным благом, обладающим признаками неконкурентности в потреблении и невозможности исключения из круга потребителей. Защита авторских и смежных прав в отношении информации существенно ослаблена, что препятствует производству инновационного контента и склоняет медиа к имитации существующей информации и форматов. Например, нерентабельно проводить серьезное журналистское расследование, потому что фактами из него затем могут поделиться и другие медиа. Усиливает гомогенизацию и деятельность информационных агентств, которые в условиях высокой скорости информационного потока получают особые конкурентные преимущества в доставке новостей. Бьорн фон Римша отмечает, однако, что *многообразию контента может способствовать стратегическая необходимость медиакомпаний отделить себя от конкурентов*. В условиях оптимизации расходов, однако, компании стремятся не создавать информацию, а «окрашивать» ее посредством создания бренда: ядро контента остается тем же, меняются скорее его внешние признаки. Таким образом, ученый приходит к выводу, что *в целом рыночная логика форсирует гомогенизацию контента*. См.: Rimscha, B von., Siegert, G. Medienökonomie: Eine problemorientierte Einführung. Wiesbaden: Springer VS, 2015. S. 31-34, 169-184.

публицистическое многообразие[441]. При этом если вызываемая рынком гомогенность содержания и форматов в развлекательной сфере имеет для настоящего рассмотрения подчиненное значение, то *однообразие новостного контента явно конфликтует с идеями плюралистической демократии*: на основе эмпирических исследований мы предполагаем, что около 50% контента немецких медиа может составлять материал информационных агентств, среди которых безоговорочно доминирует Deutsche Presse-Agentur (dpa) – 87%[442].

Либерально-этатистская модель является не гармоничной, а *конфликтной*, поскольку существенная часть коммуникационной политики благодаря узкой интерпретации коммуникационных свобод остается доступной для законодателя и становится предметом спора различных политических сил. Отсюда вытекают два возможных варианта развития – *поднаправления* – рассматриваемой модели. С одной стороны, коммуникационный порядок может быть организован *на более либеральных, чем этатистских началах* по модели *полного дерегулирования* с частными медиа, собственники которых не ограничены в определении их политико-публицистической направленности, лояльным антимонопольным и налоговым законодательством и при минимальном вмешательстве в индивидуально-субъективную свободу выражения мнения[443]. На фоне вызываемых дерегулированием высокой медиаконцентрации, коммерциализации и приватизации коммуникационной сферы, столь

---

[441] См.: Heinrich, J. Mediengüter zwischen Wirtschafts- und Kulturgut // Krone, J., Pellegrini, T. (Hrsg.) Handbuch Medienökonomie. 2020th ed. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden; 2020. S. 145-164.

[442] **Информационные агентства как критическая инфраструктура коммуникационной сферы** крайне редко становятся предметом исследований в аспектах независимости, плюрализма и качества производимого ими контента. В 2024 году была опубликована научная статья, базирующаяся на эмпирических данных о значении продукции информационных агентств, полученных в ходе проведенных ранее экспертиз по заказу регионального медиарегулятора в федеральной земле Северный Рейн-Вестфалия. В ходе исследования был содержательно проанализирован контент популярных на территории региона медиа всех типов на предмет использования материалов информационных агентств. Установлено, что в среднем 29% материалов полностью или частично базируются на продуктах информационных агентств. Особая сложность при этом была вызвана тем, что *медиа не обязаны маркировать контент, произведенный информационными агентствами*. Они также могут использовать его частично, смешивая с информацией, созданной редакцией самостоятельно. Например, на локальном радио маркированный материал информационных агентств составляет 72%, а в общественном вещании – всего 2,4%, что, однако, не говорит о высокой самостоятельности его редакции: как признают исследователи, в вещании контент информационных агентств, как правило, эксплицитно не маркируется. *Это обстоятельство позволяет нам предполагать, что материалы информационных агентств составляют заметно бóльший объем контента, предлагаемого в регионе – вплоть до половины*. Это сигнализирует о критическом для демократии однообразии информации. В этом же направлении рассуждают и авторы работы, попутно делая важное замечание: развитие современных технологий, в том числе социальных сетей, едва ли негативно влияет на доминирующее положение информационных агентств на рынке: они адаптируются, пробуя новые форматы – например, фактчекинг (dpa-Faktencheck). На наш взгляд, это особенно опасно для демократии, поскольку здесь очевиден конфликт интересов: информационным агентствам выгодно признавать свой материал правдивым, маркируя альтернативные точки зрения как дезинформацию. Оговоримся также, что доминирование dpa на национальном медиарынке вовсе не означает, что данное агентство производит свой контент самостоятельно: оно, в свою очередь, связаны соглашениями о сотрудничестве с глобальными информационными агентствами, доминирующими на международном рынке, что в еще большей степени усложняет анализ происхождения распространяемой dpa международной информации. См. основное исследование: Meissner, F., Vogler, D. et al. Kritische Infrastruktur für den Journalismus? Zur Rolle der Nachrichtenagenturen in einem sich rapide wandelnden Medienmarkt // Medien & Kommunikationswissenschaft. Vol. 72. №4. 2024. S. 396-417., а также в общем международном контексте: Grüblbauer, J., Wagemann, J. Nachrichtenagenturen // Krone, J., Pellegrini, T. (Hrsg.) Handbuch Medienökonomie. 2020th ed. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden; 2020. S. 802-829.

[443] Это поднаправление либерально-этатистской модели в целом соответствует либертарианской теории прессы. См.: Сиберт Ф., Шрамм У., Питерсон Т. Четыре теории прессы. Указ. соч. С. 66-111.

заметно *сужающих реальные возможности для реализации коммуникационных свобод*, становится невозможно убедительно обосновать это поднаправление обращением к противопоставлению устаревших нарративов о «свободном рынке» и «дороге к рабству»[444].

С другой стороны, *этатистское измерение может вытеснять либеральное начало*: на этом пути либеральные коммуникационные свободы сперва существенно ограничиваются парламентом в объеме его дискреции на основе принципа большинства, а затем эти рестрикции приобретают необратимый характер при их переносе в более приоритетную область политики *государственной безопасности*, где они экспандируют посредством категорий *цифрового суверенитета*[445] или придания коммуникационной сфере в целом или ее отдельным секторам в частности характера *критической инфраструктуры*[446]. В финале коммуникационная политика перестает быть политической опцией законодателя и под эгидой общих оговорок переносится в дискрецию исполнительной власти.

Принцип формального равенства, свойственный данной модели, несколько подавляет начала социального государства, что, однако, не означает невозможность существования в ее рамках, например, общественного вещания[447]. Однако, в либерально-этатистской парадигме политическая связь этого института с законодателем в программном, управленческом и финансовом измерениях *существенно сильнее*: законодатель придает общественному вещанию легитимность как действующему в публичном интересе институту, а не наоборот – «нейтральный» институт общественного вещания оказывает существенное влияние на выборы в парламент. Примером является близкая к государственному телевидению французская система общественного вещания[448],

---

[444] Давним критиком дерегулирования является Вольфганг Хоффманн-Рим. Сравнивая коммуникационные порядки США и Германии, ученый особо подчеркивает *враждебность немецкой конституционно-правовой модели коммуникационного порядка к дерегулированию*, в то время как в США конституция предоставляет законодателю широкую дискрецию, которую он может использовать или не использовать по своему усмотрению. См.: Hoffmann-Riem, W. Deregulierung als Konsequenz des Marktrundfunks – Vergleichende Analyse der Rundfunkrechtsentwicklung in den USA // Archiv des öffentlichen Rechts. 1985. Vol. 110. №4. S. 528-576. О недостатках дерегулирования медиа с экономической точки зрения см.: Grisold, A. Medienwirtschaftspolitik: Regulierung und Deregulierung // Altmeppen, KD., Karmasin, M. (Hrsg.) Medien und Ökonomie. Problemfelder der Medienökonomie. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2003. Bd. 2. S. 95-122.

[445] См.: Glasze, G., Odzuck, E., Staples, R. (Hrsg). Was heißt digitale Souveränität? Diskurse, Praktiken und Voraussetzungen “individueller” und “staatlicher Souveränität” im digitalen Zeitalter. Bielefeld: transcript, 2022; Peuker, E. Verfassungswandel durch Digitalisierung: Digitale Souveränität als verfassungsrechtliches Leitbild. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

[446] См., например: Öffentlich-Rechtliche Medien als Kritische Infrastruktur. Die Global Task Force (GTF) für öffentlich-rechtliche Medien. URL: https://www.zdf.de/unternehmen/organisation/oeffentlich-rechtliche-medien-als-kritische-infrastruktur-100.html (accessed: 18.08.2025); в этом же направлении: Meissner, F., Vogler, D. et al. Kritische Infrastruktur für den Journalismus? Zur Rolle der Nachrichtenagenturen in einem sich rapide wandelnden Medienmarkt. Op. cit.

[447] Так, Бёкенфёрде видит государственную функцию в создании *коммуникационного рамочного порядка*, ориентированного на неподчиненное лишь рыночным законам базовое информационное обеспечение населения. За этими формулировками легко усмотреть поддержку института общественного вещания. В то же время ученый обращает внимание, что оформление коммуникационной сферы не должно происходить в ущерб самостоятельности политических представителей. См.: Böckenförde, E-W. §34. Demokratische Willensbildung und Repräsentation // Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg: Müller, 2005. Rn. 39-44.

[448] В немецкой дискуссии французская система общественного вещания воспринимается как очень близкая к государству. Действительно, связь общественного вещания Франции с парламентом в аспектах управления и надзора является более сильной, чем в ФРГ. Кроме того, в 2022 году в результате реформы был изменен источник

существующая скорее в силу республиканского, а не социального принципа. В любом случае, широкая независимость общественного вещания от парламента является органически чуждой либерально-этатистской модели.

Добавляя заключительные штрихи к профилю рассматриваемой парадигмы, укажем на ее амбивалентность в многоуровневой системе власти. С одной стороны, воплощенная в конституционную действительность, она позволит Германии *трансформировать свою экономическую власть в политическую,* что поспособствует немецкому доминированию в рамках Европейского союза. С другой стороны, организация коммуникационной сферы на принципах свободного рынка увеличит влияние на Германию со стороны «старших партнеров», например, США: так, после устранения или финансового сжатия системы общественного вещания ее место на рынке могут быстро занять американские медиаконцерны. Оптимальным вариантом может быть введение *системных протекционистских мер*, что на практике представляется маловероятным из-за разнонаправленных внешнеполитических и экономических интересов федеральных земель, обладающих содержательной компетенцией в сфере медиарегулирования[449].

При всех недостатках либерально-этатистская модель обладает важнейшим преимуществом в области правочеловеческой догматики: *она разделяет политику и основные права*, сохраняя классический характер коммуникационных свобод и избегая их превращения в обязанности с помощью диффузного объективно-правового измерения. Это достоинство, однако, вовсе не означает, что в рассматриваемой парадигме гарантируется *реальная свобода граждан участвовать в публичной дискуссии*: с одним лишь негативным аспектом коммуникационная свобода остается неполной. Ее до- или восполнение невозможно без демократического решения, корректирующего негативные эффекты свободного рынка; при этом бездействие законодателя является конкретным политическим вопросом, а не теоретическим недостатком рассматриваемой модели.

финансирования французского общественного вещания с вещательного взноса на часть поступлений от налога на добавленную стоимость, что также облегчило политический контроль за вещанием со стороны государства. См.: Zwischen Publikumsrat und direktem Staatszugriff: öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Europa. MDR. URL: https://www.mdr.de/medien360g/medienpolitik/gremien-international-100.html (accessed: 18.12.2022).

[449] Исследователь Ульрике Бернс (Ulrike Behrns) предлагает в целях гарантирования плюрализма и национальной идентичности ввести в отношении частных вещателей *ограничения на участие в их капитале иностранных инвесторов из неевропейских государств*. Она убедительно обосновывает применимость к иностранным гражданам декларируемого ФКС запрета политической инструментализации вещания. Примечательно, что подобное регулирование давно действует в европейских государствах, а также в США, известных своей позицией в пользу либерализации медиасектора. См.: Behrns, U. Pluralismussicherung durch die Beschränkung ausländischer Beteiligungen an deutschen Rundfunkunternehmen. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2011. S. 5-10, 227-235. В 2018 году в результате изменений в федеральные правила внешнэкономической деятельности правительство ФРГ получило возможность ветировать участие иностранного капитала свыше 10% в значимых для формирования общественного мнения медиакомпаниях страны. Хотя введенные ограничения внешне схожи с предложениями Бернс, они не являются системными, не закреплены на законодательном уровне и не обязывают правительство препятствовать иностранному влиянию на немецкий медиаландшафт. См.: §55a, Außenwirtschaftsverordnung vom 2. August 2013, zuletzt geändert durch Art. 121. ÄndVO vom 17.7.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 243).

Либерально-этатистская модель является *субдоминантной*: она сохраняет влияние в отдельных секторах коммуникационного порядка, к ней обращаются немецкие теоретики и практики в попытках защититься от европейской экспансии, но в масштабах системы ее логика применяется *субсидиарно*.

3. Взаимодействие либерально-этатистской и плюралистической моделей коммуникационного порядка ФРГ является сложнейшей теоретической и практической конституционно-правовой проблемой, по характеру оно в целом соответствует сближению школ Шмитта и Сменда и происходит на макро- и микроуровнях немецкого коммуникационного порядка. На уровне абстрактной догматики коммуникационных свобод особенно интенсивно оно осуществляется через позитивное обязательство по гарантированию плюрализма, горизонтальный эффект коммуникационных свобод и взвешивание.

Более конкретное медиарегулирование сферы прессы соответствует логике либерально-этатистской модели, а вещания – плюралистической. Уже внутри сферы вещания введенная в середине 1980-х годов дуальная система частного и общественного вещания вновь сигнализирует о принципиальном соответствии общественного вещания интеграционной модели, а частного – либерально-этатистской, но уже в существенно меньшем объеме, чем в случае прессы. Каждая модель может приводить к одним и тем же результатам, например, обоснованию института общественного вещания, и тогда конфликт между ними переносится на корпоративный микроуровень, где мелкие организационно-правовые детали (статус органов управления, вопросы надзора и финансирования института) приобретают конституционно-правовое значение. Область новых медиа и медиапосредников, вероятно, переживает самую интенсивную борьбу между двумя моделями, за которыми стоят интересы, выходящие далеко за пределы Германии и Европейского союза. На наш взгляд, основная опасность таится во взаимной нейтрализации моделей, вместе с которой регулирование коммуникационного порядка *лишается любой рациональности, кроме политической*: конституционное право в таких условиях не ограничивает, а усиливает или маскирует власть, которая, в свою очередь, к *слабым или нелояльным* участникам коммуникации стремится применить жесткие правила интеграционной модели, при этом освобождая *сильных или лояльных* от их соблюдения со ссылкой на логику либерально-этатистской модели[450].

Аналитический потенциал предпринятого нами моделирования наталкивается здесь на свои границы. Как стало ясно из сказанного выше, рассмотренные модели связывают фундаментальные дискуссии и категории конституционного права Германии посредством

[450] В этом направлении см. подраздел 8 §1.4.

современной конституционно-правовой догматики с конкретными медиаполитическими мерами, одновременно с этим выступая полюсами притяжения для множества смежных междисциплинарных направлений и аргументов. Изучение их взаимного переплетения и воплощения в конкретных решениях по организации коммуникационного порядка нуждается в более тонком инструментарии, чем бинарное противопоставление. Для этого мы предлагаем обратиться к разработанной Михаэлем Флитчем и несколько модифицированной нами *концепции функционализации коммуникационных свобод* и на ее базе последовательно проанализировать четыре основных права абзаца 1 статьи 5 Основного закона в аспекте их подчинения плюралистической цели.

§1.4. Функционализация коммуникационных свобод с целью гарантирования плюрализма

1. Опорной категорией разработанной Михаэлем Флитчем концепции функционализации коммуникационных свобод является понятие *функции* (Funktion) *основных прав*. Обобщая немецкую научную дискуссию, он предлагает ее определение как *подлежащей непрерывному исполнению деятельности, ориентированной на объективную, статичную задачу и независимой от субъективных мотивов носителей индивидуальной свободы*[451]. Это определение отражает понимание функции на абстрактном юридико-техническом уровне и раскрывает ее направленность на фиксацию конституционного рамочного порядка[452]. Сложности, однако, возникают в связи с переводом этой категории на уровень конституционной интерпретации: манипулируя понятием функции *постфактум*, интерпретатор может придать конституционную значимость собственным ценностным представлениям и повлиять на решение *конкретного* дела[453]. Этот динамический процесс получает название *функционализации* (Funktionalisierung) как *присвоение постфактум указанным основным правам выходящих за рамки их классического предназначения задач, ведущих к изменению первоначальной функции*[454].

Здесь строгая ориентация концепции Флитча на либерально-этатистскую модель становится очевидной: автор в качестве отправной точки своих изысканий декларирует, что единственной первоначальной функцией коммуникационных свобод является *обеспечение*

---

[451] См.: Flitsch, M. Die Funktionalisierung der Kommunikationsgrundrechte. 1. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1998. S. 29.

[452] Ibid. S. 29-30.

[453] Ibid. S.30.

[454] Ibid. S.31.

государственного невмешательства на основе индивидуально-субъективной юстициабельной гарантии (Abwehr staatlicher Eingriffe, Freiheitsfunktion). С этой точки зрения термин *функционализация* получает негативную коннотацию и рассматривается как ослабление базовой функции коммуникационных свобод[455]. Напомним, мы считаем один лишь негативный аспект гарантий абзаца 1 статьи 5 Основного закона недостаточным для обеспечения свободы коммуникации, что, однако, не снижает ценность концепции Флитча для настоящей работы, ведь *в первую очередь* он критикует плюрализацию функций основных прав, то есть перенос коммуникационной политики, которую они призваны блокировать как негативные компетенционные нормы, непосредственно на уровень их содержания; с вредоносностью именно этой тенденции для Основного закона невозможно не согласиться и, на наш взгляд, не имеется лучше средства для ее демонстрации, чем исследовательская программа Флитча.

Поскольку функционализацию можно понимать и как процесс *десубъективации* коммуникационных свобод, ведь функция всегда имеет объективный характер, дискуссии о *функциях коммуникационных свобод* и их *объективно-правовом измерении* (objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte) являются в существенной степени родственными[456]: наполнение коммуникационных свобод объективно-правовым содержанием как раз и происходит в процессе их функционализации. Взаимозаменяемость дискуссий указывает и на высокую степень терминологической текучести этой проблематики[457], которая ярко контрастирует с пусть и пострадавшей логической стройностью классической догматики, построенной на категории вмешательства (Eingriffsdogmatik). Это многообразие во многом вызвано практикой ФКС, что объяснимо: вдохновленному интеграционной моделью суду требовалось *ослабить* или *устранить* классическую догматику, мешавшую коммуникационной политике в силу своей системности; *новая системная догматика в этих условиях стала бы для проведения такой политики новым препятствием*.

---

[455] Этим же объясняется сравнительно нечастое употребление категории «функционализация» в современной конституционно-правовой литературе. В отношении коммуникационных свобод она, как правило, встраивается в критический контекст и характеризуется *как процесс, угрожающий либеральному характеру основных прав*. Например, Паулус упоминает функционализацию, предостерегая от привилегирования политических высказываний по отношению к иным высказываниям во избежание подчинения субъектов коммуникационных свобод требованиям, аналогичным предъявляемым к политическим партиям. См.: Paulus, A. GG Art. 5 // Huber, PM., Voßkuhle, A. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 8. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 9. В таком же негативном контексте категорию функционализации упоминает профессор Хайн. См.: Hain, KE. Verfassungsrecht // Spindler, G., Schuster, F. (Hrsg.) Recht der elektronischen Medien: Kommentar. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2019. Rn. 122-131.

[456] Флитч, однако, предостерегает от их полного отождествления, поскольку выведение из коммуникационных свобод объективно-правового содержания *часто, но не всегда* влечет ослабление их классической функции. См. Flitsch, M. Op. cit. S. 32. Одобрительно о взаимозаменяемости функций и измерений основных прав отзывается Ярасс, см.: Jarass, HD. §38. Funktionen und Dimensionen der Grundrechte // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg, 2011. Bd. 2. Rn. 1-2.

[457] Об излишней догматической гетерогенности объективно-правового измерения основных прав см., например: Dreier, H. Dimensionen der Grundrechte: von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993. S. 41-42.

2. Объективно-правовое измерение основных прав (objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte) возникло в результате деятельности школы Сменда и затем получило закрепление в постоянной практике ФКС. Здесь основные права обретают *двойной характер*, становясь также и *объективными принципами всего правопорядка*[458], регулирующее воздействие которых выходит за пределы предполагающего государственное невмешательство гарантирования и распространяется на все общество[459]. ФКС также обозначал его как *объективный ценностный порядок* (objektive Wertordnung)[460], позже, однако, перейдя к более нейтральным и юридическим альтернативам, чтобы избежать отсылки к спорной философской концепции материальной этики ценностей[461]. *По содержанию* объективно-правовое измерение включает *ценностные*, *демократические*, *социальные* и *антидискриминационные* элементы, получающие фактически одинаковый ранг со свободой как индивидуально-субъективной гарантией[462]. В отношении коммуникационных свобод допустимо обобщение, что содержательной красной нитью их объективно-правового измерения является цель гарантирования плюрализма[463]. *По типу*

---

[458] **ФКС отделяет объективно-правовое измерение основных прав от индивидуально-субъективного в деле Люта следующим образом**: «Несомненно, основные права в первую очередь предназначены для того, чтобы защитить сферу свободы отдельного человека от вторжения публичной власти; они являются правами на защиту гражданина от государства. Это вытекает из истории развития идеи основных прав, а также из исторических процессов, которые привели к включению основных прав в Конституции отдельных государств. Этим смыслом обладают и основные права, содержащиеся в Основном законе, создатели которого, поставив на первое место раздел о правах человека, хотели подчеркнуть приоритет человека и его достоинство перед властью государства. Этому соответствует тот факт, что законодатель предусмотрел особое правовое средство защиты данных прав, конституционную жалобу, только в отношении актов публичной власти. *Справедливо, однако, также, что Основный закон, отношение которого не может быть нейтральным в отношении ценностей, в разделе об основных правах установил также объективный ценностный порядок, и что именно в этом выражается принципиальное усиление действия основных прав […]. Данная система ценностей, центром которой является человеческая личность, свободно развивающаяся внутри социального сообщества, и ее достоинство, должна выступать конституционно-правовым базовым принципом для всех отраслей права; законодательная, исполнительная и судебная ветви власти получают от нее установки и импульсы*. Таким образом, данная система ценностей, конечно, оказывает влияние и на гражданское право; ни одна гражданско-правовая норма не может находиться в противоречии с ней, каждая норма должна истолковываться в ее духе». Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Сост: Швабе, Ю., Гайсслер, Т. Москва: Инфотропик Медиа, 2018. С. 279-280.

[459] Оговоримся, что объективно-правовое измерение основных прав в интерпретации ФКС существенно шире, чем либеральная объективно-правовая интерпретация основных прав как негативных компетенционных норм.

[460] Категория **объективного ценностного порядка** (objektive Wertordnung), используемая ФКС в ранней практике, является синонимичной объективно-правовому измерению или содержанию основных прав, а также пониманию основных прав как принципов. См.: Dreier, H. Dimensionen der Grundrechte. Op. cit. S. 21-26.

[461] См.: Wahl, R. §19. Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Heidelberg, 2011. Bd. 1. Rn. 8-9.

[462] О многообразии элементов объективно-правового измерения основных прав см.: Dolderer, M. Objektive Grundrechtsgehalte. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. S. 58-70.

[463] **Цель гарантирования плюрализма** обозначается в литературе как общая установка для всех коммуникационных свобод абзаца 1 статьи 5 Основного закона. Плюрализм может гарантироваться как *индивидуально-субъективным путем* посредством невмешательства в коммуникационную сферу, так и *институционально-демократическим*, то есть через принятие мер по оформлению коммуникационного порядка, способствующих возникновению многообразия. ФКС в своей практике, однако, предпочитает говорить о **свободе формирования общественного мнения** (Freiheit der öffentlichen Meinungsbildung), которая направлена как на развитие личности, так и на сохранение демократического строя. Из этого следует, что государство имеет позитивное обязательство по обеспечению реальных предпосылок свободного процесса публичной коммуникации, постоянной борьбы различных мнений. *Таким образом, ядром указанного позитивного обязательства и основным содержанием упомянутой свободы формирования общественного мнения является цель гарантирования плюрализма*. См.: BVerfGE 8, 104 (112-113);

правового воздействия в объективно-правовое измерение входят три основных группы элементов: во-первых, действующие в отношении всего правопорядка принципы конформного применения и толкования на основе объективного содержания основных прав, вызывающие их опосредованный горизонтальный эффект (Ausstrahlungswirkung, mittelbare Drittwirkung, grundrechtskonforme Auslegung), во-вторых, позитивные обязательства (Schutzpflichten), в-третьих, принципы гарантирования необходимой для реализации основного права институциональной организации, процедуры, участия и предоставления (Organisation, Verfahren, Teilhabe und Leistung)[464].

Опосредованный горизонтальный эффект коммуникационных свобод приобретает значимость при толковании и применении норм обычного законодательства, в особенности относящихся к частному праву, в процессе которых объективно-правовое содержание основных прав предопределяет конституционно допустимые варианты использования дискреций, влияет на применение широких общих понятий и оговорок или обосновывает преимущество коммуникационных свобод по отношению к коллидирующим с ними правовым благам[465]. Поскольку интенсивность горизонтального эффекта поставлена ФКС в зависимость от казуистики конкретного дела, относящиеся к этой группе критерии приоритизации правовой защиты, как, например, презумпция в пользу свободы слова (Vermutung zugunsten der Freiheit der Rede), вносящей вклад в общественную дискуссию, актуальная в конфликте свободы выражения мнения и личных неимущественных прав[466], а также важное в контексте деятельности медиапосредников предположение в пользу более слабой стороны в процессе коммуникации[467] или обязательства добросовестности журналистов (Sorgfaltspflichten)[468] при глубоком рассмотрении оказываются нестабильными и являются скорее направляющими взвешивание методическими рекомендациями[469].

Центральное место в рамках объективно-правового измерения занимают *позитивные обязательства;* с учетом их *всеохватности* они могут даже совпадать с ним, включая две остальные группы элементов[470]. Позитивные обязательства, как правило, выводятся из

BVerfGE 35, 202; BVerfGE 74, 297 (323); BVerfGE 87, 181 (197); Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 61-63; Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 5-9, 108-113; в этом же направлении: Schellenberg, M. Pluralismus: zu einem medienrechtlichen Leitmotiv in Deutschland, Frankreich und Italien // Archiv des öffentlichen Rechts. 1994. Vol. 119. №3. S. 427-449.

[464] См.: Dreier, H. Dimensionen der Grundrechte. Op. cit. S. 42.

[465] См.: Jarass, HD. §38. Funktionen und Dimensionen der Grundrechte. Op. cit. Rn. 60-61.

[466] См. подробнее подраздел 7 §1.4.

[467] Так, ФКС отмечает: «В зависимости от обстоятельств, в особенности если частные компании попадают в близкую государственной доминантную позицию или самостоятельно берут на себя установление рамочных условий публичной коммуникации, *связанность частных лиц основными правами в результате может приближаться или даже равняться вытекающим из основных прав обязательствам государства*». См.: BVerfGE 152, 152 (191); Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 246.

[468] См. подробнее подраздел 9 §1.4.

[469] Подробнее об иных критериях приоритизации защиты см.: Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 247-253.

[470] См.: Szczekalla, P. Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einer “gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion”. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. S. 379-381; Dreier, H. Dimensionen der Grundrechte. Op. cit. S. 47-50.

объективно-правового измерения соответствующего основного права, хотя ФКС также сделал ряд шагов в сторону их большего обособления от конкретизированного содержания основных прав, усматривая источник позитивных обязательств и в общей обязанности государства защищать достоинство человека, закрепленном в абзаце 1 статьи 1 Основного закона[471]. Адресатами позитивных обязательств являются одновременно законодательная, исполнительная и судебная власти[472], поэтому их предмет как бы выводится за скобки принципа разделения властей. Содержательно позитивные обязательства действуют как обязывающие государство к активным действиям по защите основных прав от посягательств частных лиц *требования оптимизации* (Optimierungsgebote), которые, несмотря на декларируемую ФКС *принципиальную неопределенность*, отличающую их от требования невмешательства, вытекающего из индивидуально-субъективного измерения, и призванную гарантировать законодателю широкую дискрецию[473], в действительности характеризуются *нестабильностью плотности контроля* (Kontrolldichte); иными словами, ФКС в силу своего усмотрения может в одних случаях почти полностью отказаться от проверки выполнения позитивного обязательства, а в других – навязать законодателю практически безальтернативное решение[474]. Положение усугубляется тем, что из позитивных обязательств могут выводиться как новые ограничения основных прав[475], так и новые индивидуально-субъективные права[476]. Если первое позволяет обратить позитивное обязательство против содержания того права, из которого оно выводится[477], то второе обеспечивает *ресубъективацию* позитивного обязательства, прагматичнее – возможность

[471] См. подробнее: Szczekalla, P. Op. cit. S. 1112-1113; Calliess, C. §44. Schutzpflichten // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Bd. 2. Rn. 5. Абзац 1 статьи 1 Основного закона гласит: «Человеческое достоинство неприкосновенно. Уважать и *защищать* его – обязанность всякой государственной власти». В целом можно констатировать следующую зависимость: *чем из более общих конституционных норм выводятся позитивные обязательства, тем больше они обособляются от конкретных индивидуально-субъективных гарантий отдельных основных прав и открываются для наполнения не связанным с последними объективно-правовым содержанием*.

[472] См.: Calliess, C. §44. Schutzpflichten. Op. cit. Rn. 6.

[473] ФКС обозначает это различие следующим образом: «Вытекающие из основных прав в первую очередь субъективные оборонительные права на защиту от вмешательства государства, с одной стороны, и следующие из объективного значения основных прав позитивные обязательства, с другой стороны, *принципиально различаются между собой в том, что оборонительное право на защиту требует определенного по своей цели и содержанию поведения государства, в то время как позитивное обязательство является принципиально неопределенным*. Государственные органы самостоятельно и под собственную ответственность решают, как они будут выполнять позитивное обязательство». BVerfGE 96, 56 (64).

[474] См. в этом направлении критически о масштабах плотности контроля выполнения позитивного обязательства: Camilo de Oliveira, R. Op. cit. S. 210-213; о неопределенности регулирующей интенсивности позитивных обязательств в общем контексте см.: Calliess, C. §44. Schutzpflichten. Op. cit. Rn. 6; Szczekalla, P. Op. cit. S. 223-238; Möstl, M. §68. Schutzpflichten // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 11-14, 33-47.

[475] См.: Möstl, M. §68. Schutzpflichten. Op. cit. Rn. 35-37.

[476] См.: Jarass, HD. §38. Funktionen und Dimensionen der Grundrechte. Op. cit. Rn. 34-37.

[477] См. примеры: BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203; BVerfGE 69, 1; также Camilo de Oliveira, R. Op. cit. S. 72-83.

конституционно-судебной ситуативной мобилизации населения для достижения политической цели[478].

В отношении коммуникационных свобод можно констатировать наличие *позитивного обязательства по гарантированию плюрализма*[479], многочисленные и взаимноконфликтные измерения которого способны обосновать как применение или запрет любой медиаполитической меры, так и повлиять на правовую защиту индивидуального коммуникатора в желаемую сторону. Насколько сложной является общая *теория* позитивных обязательств в немецком конституционном праве, настолько же она проста *на практике*, в особенности в коммуникационной сфере: здесь позитивное обязательство превращается в подобие постоянно действующей оговорки о чрезвычайном положении, согласно которой ФКС получает юридически неограниченные возможности по управлению коммуникационным порядком.

О третьей группе элементов объективно-правового измерения можно говорить как об инструментах, при необходимости *специализирующих* или *конкретизирующих* позитивное обязательство. Например, позитивное обязательство по гарантированию плюрализма предполагает требования к законодателю по *оформлению* правопорядка в целях поддержания демократической функциональности *института свободной прессы* (Institut der freien Presse)[480] или значительно более детализированные предписания по институциональной организации вещательной сферы для обеспечения доступа к трибуне «всех релевантных сил и мнений»[481]. Проблемное значение в рамках данной группы приобретает диалектика оформления (Ausgestaltung) и ограничения (Einschränkung) основного права; помимо отсутствия убедительных общих критериев их разграничения в случае с коммуникационными свободами часто говорится об их не предполагающей законодательной конкретизации юридической природе[482].

---

[478] ФКС старается соблюдать осторожность при выведении из позитивных обязательств субъективных прав, хотя суд неоднократно признавал допустимость жалоб, основанных на утверждениях о нарушении государством позитивного обязательства. В качестве основного недостатка *ресубъективации позитивных обязательств* называются, например, превращение классической функции основных прав в свою противоположность: признание субъективного характера позитивного обязательства обязательно приведет к появлению *права на ограничение прав других,* что существенно уменьшит уровень защиты, гарантируемый основными правами. Кроме того, подобный подход наносит ущерб принципу разделения властей, снижая роль парламентского законодателя. См. подробнее: Dolderer, M. Op. cit. S. 351-353; Unruh, P. Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten. Berlin: Duncker und Humblot, 1996. S. 58-61; использование этого инструмента в европейском контексте мы анализируем в подразделе 2 §2.4.

[479] Таким образом, как указывалось выше в рамках настоящего подраздела, *цель гарантирования плюрализма* допустимо считать как *общим лейтмотивом объективно-правового измерения коммуникационных свобод*, так и связывать с ней существование отдельного *позитивного обязательства по гарантированию плюрализма*. Подобная точка зрения является обоснованной, прежде всего, поскольку рассматриваемая категория позитивного обязательства является очень широкой и, как отмечалось, может даже совпадать с объективно-правовым измерением основных прав.

[480] См. подраздел 9 данного параграфа.

[481] См. подраздел 10 данного параграфа.

[482] **Разграничение оформления и вмешательства** в современной литературе предлагается проводить *в зависимости от объективной цели законодателя и с учетом специфики отдельных основных прав*. Так, *оформление* презюмируется в случае, если принимаемые меры направлены на реализацию *внутренней цели* по конкретизации специфических конституционных требований в отношении основного права, нуждающегося в нормативной

К третьей группе мы также относим *функцию равенства*, которая в рамках «обогащения» коммуникационных свобод объективно-правовым содержанием может приобретать самостоятельное значение[483]. Поскольку ФКС широко интерпретирует принцип равенства (Allgemeiner Gleichheitssatz), выводя из него запрет не только произвольно неравного правоприменения и правоустановления по отношению к существенно подобному, но и *произвольно равного отношения к существенно различному*[484], это открывает мощнейшие возможности для пересмотра любого решения, ведь присущее жизненным ситуациям разнообразие надежно обеспечит подходящим критерием сравнения, а открытая конституционная интерпретация позволит приписать его законодателю или правоприменителю. Подобный инструмент, однако, является не только мощным, но и разрушительным для правопорядка средством, поэтому применяется он преимущественно *опосредованно* через конкретизирующее законодательство, смешиваясь с процессуальными элементами объективно-правового измерения, в том числе и в коммуникационной сфере, где принято говорить о равенстве шансов в сфере коммуникации (kommunikative Chancengleichheit) как об ослабленном варианте принципа равенства, адаптированном к либеральному характеру коммуникационных свобод[485]. Проблема, однако, заключается в том, что немецкий коммуникационный порядок отличается *разнообразием подходов* к регулированию прессы, частного и общественного вещания, что особенно располагает к его *конституционно-судебному переоформлению* под эгидой реализации принципа равенства, сводящему политическую дискуссию о множестве альтернатив до двумерного антидискриминационного пространства[486].

регламентации. *Вмешательство* же в основное право предполагается, когда предпринятая во имя *внешней цели* мера находится за пределами компетенции законодателя по оформлению основного права и направлена на защиту другого правового блага или интереса. Для обозначенного разделения, в свою очередь, приобретает особое значение юридическая природа основных прав: одни права предполагают нормативную конкретизацию (например, право собственности), в то время как другие, так называемые естественные свободы, не нуждаются в регламентации (например, коммуникационные свободы). Проблематичность очерченного подхода ярко проявляется именно в отношении коммуникационных свобод. Например, ФКС в своей практике признает фактически ограничительное регулирование свободы вещания в обычном законодательстве не вмешательством в основное право, а его оформлением, и это несмотря на широкое признание данной свободы не нуждающейся в законодательной конкретизации. Примечательно, что даже когда суд объявляет неконституционными некоторые положения земельного законодательства о вещании, он констатирует недолжное с точки зрения Основного закона оформление основного права, но не говорит о недопустимом вмешательстве в свободу вещания. Таким образом, *разграничение оформления и вмешательства в основное право по цели в действительности открыто для злоупотреблений со стороны конституционного интерпретатора*, способного приписать цели той или иной законодательной меры внешний или внутренний характер в зависимости от собственного усмотрения, не учитывая реальный ограничительный эффект от ее введения. См.: Kingreen, T., Poscher, R. Die Ausgestaltung von Grundrechten // JuristenZeitung. 2022. Vol. 77. №20. S. 961-970; Degenhart, C. §61. Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg, 2011. Bd. 3. Rn. 33-37.

[483] См.: Jarass, HD. §38. Funktionen und Dimensionen der Grundrechte. Op. cit. Rn. 39-40.

[484] См.: BVerfGE 49, 148 (165); Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte. Op. cit. S. 162-166.

[485] См. также подраздел 1 §1.3.

[486] См. в этом направлении: Bullinger, M. Freiheit und Gleichheit in den Medien: zur Rechtsprechung der Verfassungsgerichte // JuristenZeitung. 1987. Vol. 42. №6. S. 257-265.

Наконец, в рамках третьей группы заслуживает краткого упоминания функция предоставления (Leistungsfunktion) в аспекте обязывания государства совершить исполнение действия, аналогичное, например, гарантированию прожиточного минимума. В этом же социально-государственном направлении аргументировал ФКС, указывая на обязанность института общественного вещания осуществлять *базовое обеспечение* населения информацией (Grundversorgung)[487]. На ее примере хорошо заметен конфликт объективно-правового и индивидуально-субъективного измерений коммуникационных свобод, ведь финансируемые из вещательных взносов общественные вещатели получают сравнимое с монопольным положение на рынке, ограничивая возможности развития частных телерадиокомпаний[488]. Важно отметить, однако, что по общему правилу из коммуникационных свобод не выводятся субъективные права требования у государства какого-либо предоставления[489]. Этот в своей основе верный шаг, учитывающий небезграничность государственных ресурсов, однако, отчасти проливает свет на мотив ФКС: *не передать права участия в оформлении коммуникационного порядка гражданам, а забрать их у законодателя*.

3. Абстрагирование содержания коммуникационных свобод в многообразии обособляющихся элементов объективно-правового измерения уже само по себе указывает на риск вытеснения и подмены их индивидуально-субъективной стороны законодательно и конституционно-судебно *регламентированным суррогатом свободы*[490]. Однако, процесс функционализации основных прав не останавливается лишь на расширении объективно-правового содержания, а продолжает трансформировать и классическую догматику индивидуально-субъективного измерения, основанную на биполярных отношениях между гражданином и государством. С одной стороны, *существенно расширяется сфера защиты коммуникационных свобод*[491] и осуществляется переход от классического к *современному понятию вмешательства* (moderner Eingriffsbegriff), ориентированному на фактические и опосредованные государственные меры, в результате чего кратно возрастает число их потенциальных конфликтов с основными правами[492]. Вследствие этого возникают сложные

---

[487] См.: BVerfGE 73, 118 (157).

[488] См.: Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 200-204.

[489] См.: Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 210-215.

[490] В этом же направлении см.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 7-9.

[491] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 25-32; Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 267-268. В любом случае, с признанием общей свободы личности потенциально любое государственное действие может представлять вмешательство в основное право. См. подраздел 5 §1.2.

[492] **Переход от классического к современному понятию вмешательства** доходчиво описывается в учебной литературе. *Классическое понятие вмешательства* ограничивает подлежащие обоснованию государственные меры посредством 4 критериев, согласно которым вмешательство должно происходить: (1) *целенаправленно*, не учитываются непреднамеренные последствия направленной на другие цели государственной меры; (2) *непосредственно*, не охватываются целенаправленные, но опосредованные последствия принимаемых государством мер; (3) ограничивающий акт должен иметь *правовой характер* (например, индивидуальный правоприменительный акт или абстрактный закон, постановление), лишь фактического ограничивающего эффекта недостаточно; (4) *на основе приказа*

трехсторонние или многосторонние конфликты (Dreieckskonstellationen) между частными лицами и с участием государства, разрешение которых может происходить в парадигме индивидуально-субъективного измерения, но по своей природе сближаться с уже рассмотренным нами горизонтальным эффектом основных прав[493]. Иными словами, учет объективно-правового содержания основных прав, даже позитивных обязательств[494], возможен и в рамках разрешения конфликтов в парадигме классического либерального вмешательства в основное право, что делает догматику *абсолютно неопределенной*[495].

С другой стороны, в ответ на расширение понятия вмешательства на все многообразие фактических обстоятельств *деформируется* и процесс конституционно-правовой проверки их обоснованности, полностью превращаясь во *взвешивание абстрактных взаимоисключающих принципов в рамках конкретного дела*. Более того, взвешивание *радикализуется*, то есть приобретает абсолютный и перманентный конфликтный характер, накладываясь на ценностное измерение: визуализируя это на примере коммуникационных свобод, профессор Удо Ди Фабио (Udo Di Fabio) предостерегает, что слишком яркий свет от ценностного усиленного одного основного права уводит в тень все остальное[496]. Поскольку в плюралистическом обществе иерархия ценностей в силу их абсолютного и несоизмеримого характера невозможна[497], что предпосылает открытый характер любых решений, «подсветить» одно право в ущерб другому в зависимости от казуистичного усмотрения больше не составляет труда[498]: уже сама судебно-интерпретационная констатация конфликта ценностей не только между различными основными правами, но и

или понуждения. *Современное понятие вмешательства* появилось в результате развития социального государства и является результатом расширения 4 критериев классического понятия: вмешательством может быть признана государственная мера вне зависимости от ее целенаправленности или непреднамеренности, опосредованности или непосредственности, правового или фактического характера. Например, вмешательством в права лица будут считаться фактические государственные меры по поддержке третьих лиц (субсидирование прессы, поддержка фильмов) или даже бездействие, ухудшающие положение субъектов основных прав в будущем (несоблюдение климатической повестки). См.: Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte. Op. cit. S. 94-96.

[493] Ibid. S. 97-99.

[494] То есть одни и те же правовые казусы можно решить с одинаковым результатом как с помощью конструкции позитивного обязательства, так и в парадигме классической догматики вмешательства в основное право. См. в этом направлении: Szczekalla, P. Op. cit. S. 1117-1120.

[495] Так, профессор Ральф Пошер отмечает: «Если вытекающее из основных прав позитивное обязательство распространяется на уже находящееся под защитой оборонительных требований содержательное оформление конфликта между частными лицами, то возникает едва ли разрешимое пересечение различных функций основных прав». Poscher, R. Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. S. 197. Цит. по: Camilo de Oliveira, R. Op. cit. S. 225. Например, позитивное обязательство по гарантированию плюрализма может оказывать влияние на решение классического конфликта между свободой выражения мнения и личными неимущественными правами частных лиц.

[496] См.: Di Fabio, U. Grundrechte als Werteordnung // JuristenZeitung. 2004. №59(1) S. 2; Di Fabio, U. §46. Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Rn. 12-15.

[497] Продолжая метафору Ди Фабио, исследователь Давид Венгер сравнивает абсолютные в своем характере ценности со множеством солнц и также подчеркивает невозможность иерархии в силу их несоизмеримости. См.: Wenger, D. Die objektive Verwertung der Grundrechte: zum Stand der Diskussion // Archiv des öffentlichen Rechts. 2005. Vol. 130. №4. S. 618-628; в этом же направлении: Dreier, H. Dimensionen der Grundrechte. Op. cit. S. 17-26.

[498] См.: Di Fabio, U. §46. Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems. Op. cit. Rn. 8-11.

внутри их измерений-функций приобретает характер политической манипуляции[499]. Но ценности *и в силу своей природы* нейтрализуют сколько-нибудь рациональное прагматичное взвешивание, что не уставали подчеркивать сторонники этатистской школы[500].

В этих условиях принцип соразмерности, нестабильное применение которого в практике ФКС нередко совпадает со взвешиванием[501], как ключевой материальный предел допустимых ограничений коммуникационных свобод становится *дисфункциональным*, а в государственно-организационном аспекте вступает в конфликт с принципом разделения властей[502]. Как верно отмечает профессор Линднер, «моментом истины» для принципа соразмерности является кризис, и, по его словам, в особенности во время пандемии COVID-19 этот тест оказался «тупым мечом», непригодным для защиты основных прав[503]. Поэтому ученый предлагает включить в него две новые ступени: *действительную потребность* в выполнении правомерной цели нужно будет подтверждать эмпирическими данными, а в рамках проверки соразмерности в узком смысле потребуется учитывать *последствия и*

---

[499] См.: Camilo de Oliveira, R. Op. cit. S. 174-179.

[500] См.: Forsthoff, E. Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. Op. cit. S. 45; Schmitt, C., Schönberger, C. Die Tyrannei der Werte. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. S. 9-56.

[501] В литературе приводится частный пример, когда в 2016 году ФКС из 244 подразделов постановления, посвященных проверке на соответствие основным правам полномочий Федерального ведомства по уголовным делам, 236 уделил анализу соразмерности в узком смысле, практически не рассуждая о пригодности или необходимости. См.: BVerfGE 141, 220. Подтверждается и общий тренд: в более поздней практике ФКС соразмерность в узком смысле приобретает возрастающее значение в сравнении с теряющими вес пригодностью и необходимостью. См.: Poscher, R. §3. Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs // Herdegen, M., Masing, J., Poscher, R., et al. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: C.H. Beck, 2021. Rn. 39.

[502] **Критика принципа соразмерности** на основе анализа литературы может быть разделена на три основных направления: **(1)** сомнения в эффективности и рациональности, **(2)** направленность на умаление основных прав, **(3)** нарушения в системе разделения властей. *В рамках первого направления* говорится о проблеме *принципиальной несоизмеримости* сравниваемых в рамках соразмерности величин, которую не способны преодолеть никакие дополнительные усилия по рационализации. В этих условиях текст нормы и юридический метод ее интерпретации теряют свое значение. Здесь же встает вопрос о плотности контроля – часто нет рациональных объяснений тому, почему суд в сходных случаях избирает разную степень глубины проверки. *Вторая группа* аргументов говорит о том, что применение принципа соразмерности позволяет ослаблять основные права, соотнося их с абстрактными интересами и принципами, зачастую именно теми, на защиту *от которых* и направлено основное право. Кроме того, в результате применения соразмерности *основные права «срастаются» как между собой, так и с их ограничениями* – образуется безальтернативный оптимум. Закрепленные в Основном законе оговорки с требованиями к ограничениям основных прав в результате применения соразмерности теряют свое значение. *Третья группа* аргументов фокусируется на том, что принцип соразмерности делает потенциальным вмешательством в основное право каждого собственно демократический законодательный процесс. Это приводит к деполитизации, депарламентаризации и снижению регулирующего значения обычного законодательства. Кроме того, принцип является нейтральным только на первый взгляд; различные политические силы в Германии часто используют его для отмены законов в обход парламентской процедуры. См.: Klatt, M., Meister, M. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus // Jus Juristische Schulung, 2014. S. 193-199; Meinel, F. Verhältnismäßigkeit // Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft: in 5 Bänden. 8. Aufl., Bd. 4. Freiburg; Basel; Wien: Herder, 2020; Poscher, R. §3. Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs. Op. cit. Rn. 37-43.

[503] «Даже самые суровые меры, такие как самоизоляция или закрытие школ, были признаны ФКС полностью соответствующими основным правам практически без усилий и даже без устного слушания: защита жизни и здоровья, по-видимому, всегда «побеждает» в сравнении с другими защищаемыми на уровне основных прав свободами и интересами. *Невозможно представить себе ни одну меру защиты от коронавируса, которую ФКС счёл бы неконституционной из-за нарушения принципа соразмерности*». Lindner, JF. Thesen zur Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes // Neue Juristische Wochenschrift. 2024. S. 565. См.: BVerfGE 159, 223; BVerfGE 159, 355.

побочные эффекты ограничений основных прав[504]. На наш взгляд, подобные рационализаторские предложения игнорируют базовую проблему принципа соразмерности: многие политические вопросы просто не могут быть юридизированы в степени, достаточной для их судебного рассмотрения без ущерба функции законодателя.

По этим же причинам обречены на неудачу похожие попытки Роберта Алекси, чья теория в действительности не может убедительно различать нормы и принципы[505]; мало пользы для Германии принесет и учет американского опыта: различные во второстепенных признаках, но сблизившиеся на послевоенном этапе и изначально единые в своей сущностной направленности против законодательного регулирования немецкая соразмерность и американское категориальное взвешивание[506] являются не причинами, а следствиями *фактических конституций* этих стран, которые в значительной степени определяются внутренней и внешней государственной субъектностью. Иными словами, Германия, по воле западных союзников передавшая существенный объем суверенитета на наднациональный уровень, вынуждена сохранять определенную открытость по отношению к следующим с этого уровня властным решениям[507]; поскольку не всегда известно, какое содержание получат эти решения в будущем и в каком отношении они будут находиться к национальному регулированию, должен существовать метод их оперативной

---

[504] **Шестиступенчатый тест на соразмерность,** таким образом, будет выглядеть так: «**(1)** мера преследует подлежащую конкретному поименованию правомерную цель; **(2)** в выполнении цели имеется действительная потребность, подлежащая эмпирическому обоснованию законодателем и не являющаяся исключительно политически мотивированной; **(3)** мера пригодна для реализации цели; **(4)** мера необходима для реализации цели; **(5)** цель вмешательства находится в соразмерном соотношении как в абстрактном, так и в конкретном взвешивании с ограниченными в результате его реализации интересами свободы (при этом вычисляется конкретный размер ожидаемого вклада в реализацию цели); **(6)** цель вмешательства (точнее: защита правового блага) как в абстрактном, так и в конкретном взвешивании находится в соразмерном соотношении с последствиями и побочными эффектами (сопутствующим ущербом), ожидаемым вместе с его реализацией». Lindner, JF. Thesen zur Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Op. cit. S. 568.

[505] Алекси признает основные права принципами, которые, в отличие от норм, не требуют субсумции, а подлежат оптимизации в рамках взвешивания. При этом, как справедливо подчеркивают критики, *ученому так и не удалось выработать убедительное понятие принципа*. Отмечается, что в действительности Алекси осуществляет разделение между нормами и принципами не на основе объективной структуры нормы; скорее, речь идет о ее применении с учетом или без учета всех релевантных обстоятельств конкретного дела. Таким образом, при необходимости любую норму можно релятивировать до принципа на основе авторитетного решения. Полемизируя, критики связывают его теорию с децизионизмом. См. подробнее обзор критики: Camilo de Oliveira, R de. Op. cit. S. 208-209, 169-172.

[506] См. в этом направлении: Коэн-Элия, М., Порат, И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3. С. 73-75.

[507] **Сравнение американского и немецкого взвешивания** с учетом политического контекста возникновения Боннской республики и ее связанности международными обязательствами проводит исследователь Филипп Мруцек, приходя к выводу, что методы, в сущности, являются похожими. Однако, он оговаривается, что перенос опыта категоризации взвешивания в немецкую практику защиты основных прав натолкнется на необходимость перестройки конституционно-правовой догматики: например, *сужения сфер защиты основных прав* и перехода к концепции *рамочной конституции*. Оценивая реалистичность перехода Германии к либерально-этатистской модели как низкую, автор указывает и на важную причину – это повлечет негативную реакцию международных инстанций, которым страна передала часть суверенитета. Впрочем, Мруцек едва ли поддерживает фундаментальную критику принципа соразмерности, считая его заслуживающим сохранения немецким достоянием, направленным на максимизацию свободы. См.: Mrutzek, P. Geordnete Freiheit – "Levels of Scrutiny" in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts. 1. Auflage. Baden-Baden: Tectum Verlag, 2018. S. 226-234.

имплементации в обход парламентского законодателя, что и обеспечивает принцип соразмерности. Категориальное взвешивание по американскому образцу, безусловно, в отличие от соразмерности более *стабильное*, при таком рассмотрении логично отражает стратегическую автономию США в системе международных отношений.

Наивысшей точки в своей направленности на ослабление основных прав взвешивание достигает при установлении *практической гармонии* (praktische Konkordanz) – инструмента для ограничения свобод, в отношении которых Основной закон *не предусматривает допускающей ограничение оговорки*[508]. Несмотря на наличие в абзаце 2 статьи 5 Основного закона такой оговорки, общей для четырех коммуникационных свобод, что в теории должно исключать практическую гармонию как недопустимую попытку обхода указанной оговорки[509], этот принцип, тем не менее, субсидиарно может применяться и к коммуникационным свободам[510]. На практике это означает, что установленные текстом Основного закона критерии допустимости ограничения коммуникационных свобод *полностью вытеснены взвешиванием*[511].

4. Исходя из сказанного, представление ФКС о *гармоничном сосуществовании* объективно-правового и индивидуально-субъективного измерений коммуникационных свобод при приоритете последнего[512], оказывается неверным. Практическая ситуация, при

---

[508] **Принцип практической гармонии** определяется Хессе следующим образом: *«Конституционно защищенные правовые блага при устранении коллизии должны быть соотнесены таким образом, чтобы каждое из них приобретало действительность»*. **Критика** этого принципа приводится профессором Фишером-Лескано; он видит корни этого «изобретения» школы Сменда в средневековом Декрете Грациана (Concordia discordantium canonum), направленном на взаимное согласование отдельных противоречивых правил с ориентацией на общий церковный порядок. Фишер-Лескано сомневается, что этот метод остается эффективным в современных условиях, указывая на два ключевых аргумента. *Во-первых*, школа Шмитта называла практическую гармонию «формулой для сокрытия судебного или интерпретационного децизионизма». *Во-вторых*, со стороны представителей экономического анализа права последовали возражения, что процесс гармонизации искажается, если в нем используются языковые формулы, а не числовые значения. Рассуждая о причинах, по которым принцип практической гармонии сохраняется в научном обороте и практике, профессор указывает на его *органическую связь с плюралистическим обществом*, в котором монополизация разрешения конфликтов исключительно политическим или экономическим способом становится невозможной. Как отмечает Фишер-Лескано, ценой применения этого принципа, однако, является потенциальное *уничтожение любых императивных запретов*: от ограничения ФКС свободы искусства абзаца 3 статьи 5 Основного закона ФРГ, в отношении которого конституционный текст не содержит ограничивающей оговорки, *до ослабления действующего в международном праве запрета на применение вооруженной силы* – обращаясь к практической гармонии, немецкие ученые оправдывали бомбардировки Югославии силами НАТО. См.: Fischer-Lescano, A. Kritik der praktischen Konkordanz // Kritische Justiz. 2008. Vol. 41. №2. S. 166-177.

[509] В этом направлении см.: Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte. Op. cit. S. 108.

[510] См.: Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 274.

[511] Отметим, *во-первых*, что установления абзаца 2 статьи 5 Основного закона, центральным элементом которых является *критерий всеобщности законов*, были в существенной степени релятивированы ФКС в пользу взвешивания. См. подраздел 4 §1.2. *Во-вторых*, положение абзаца 2 статьи 19 Основного закона, не допускающее затрагивание существа основного права, вытесняется таким проявлением принципа соразмерности, как Wechselwirkungslehre. См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 147. Наконец, *в-третьих*, абсолютно действующий *запрет цензуры* абзаца 1 статьи 5 Основного закона во многом потерял в актуальности из-за узкой интерпретации и развития новых методов управления общественной дискуссией.

[512] **Взаимосвязь объективно-правового и индивидуально-субъективного измерений** коммуникационных свобод ФКС описывает так: «Свободное формирование мнений происходит в процессе коммуникации. Оно подразумевает, с одной стороны, свободу выражать и распространять мнения, и, с другой стороны, свободу принимать выраженные мнения к сведению, получать информацию. Гарантируя свободы выражения, распространения мнения и информации, абзац 1 статьи 5 Основного закона защищает процесс коммуникации на конституционно-правовом уровне.

которой объективно-правовое содержание способствует реализации индивидуально-субъективной стороны коммуникационных основных прав, возникает весьма редко, хотя именно такое положение дел предполагает либеральная теория прав человека[513]. Напротив, скорее следует зафиксировать: в результате практики суда индивидуально-субъективные гарантии абзаца 1 статьи 5 Основного закона лишаются непосредственного действия, становясь абстрактными программными принципами-ценностями для преобразования социального порядка.

Исследователь Давид Венгер, синонимично понятию функционализации обозначая этот процесс как *объективное использование основных прав* (objektive Verwertung der Grundrechte), в попытке объяснить его логику обращается к истории. Это имеет смысл, ведь в конституциях южногерманских государств Баварии, Бадена и Вюртемберга начала XIX века, например, свобода совести или свобода прессы тоже не гарантировали индивиду субъективные юстициабельные права, а являлись объективными принципами осуществления государственной власти на основе ее самоограничения для модернизации феодального сословного порядка[514]. Таким образом, соблюдая историческую точность, оборонительную функцию (Abwehrfunktion) основного права нельзя назвать классической или единственной[515]. Лишь после замены старого строя на либеральный экономический и социальный порядок, основанный на формальном равенстве, стала возможной индивидуально-субъективная *свобода от вмешательства законодателя*, которая позже приобрела ключевое значение, но лишь во вторую очередь[516], что указывает на наличие у нее объективной функции, выходящей за пределы гарантирования автономии личности. В свою очередь, использование такой свободы индивидами ведет к разделению общества, пусть и на основе уже других критериев, что запускает цикл вновь – и основные права обратно превращаются в программные принципы для модернизации социального порядка[517]. Именно такая смена циклов, по мнению Давида Венгера, и произошла в современной

Он обосновывает индивидуально-субъективные права; в связи с этим он также закрепляет свободу выражения мнения как объективный принцип всего правового порядка, при этом субъективно- и объективно-правовые элементы обуславливают и поддерживают друг друга». BVerfGE 57, 295 (319).

[513] См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 70-72.

[514] См.: Wenger, D. Die objektive Verwertung der Grundrechte: zum Stand der Diskussion. Op. cit. S. 618-621.

[515] Ibid. S. 619; в этом же направлении, см.: Dreier, H. Dimensionen der Grundrechte. Op. cit. S. 27-37.

[516] Ibid. S. 619.

[517] **Шесть этапов этого циклического процесса** описывает Давид Венгер: **(1)** законодатель получает вместе с основными правами-принципами план построения государства на основе свободы и равенства; **(2)** индивиды обретают вместе с оборонительными основными правами индивидуально-субъективные гарантии их новых свобод; **(3)** реализация этих свобод делает общество все более дифференцированным и вызывает его новую фрагментацию; **(4)** наибольшая возможная *свобода для всех* становится также наибольшей *свободой против всех*, что предполагает введение концепции горизонтального эффекта основных прав; **(5)** действие основных прав между частными лицами требует обеспечения их совместимости; **(6)** последнее предполагает установление практической гармонии и вновь требует участие законодателя. См.: Wenger, D. Die objektive Verwertung der Grundrechte: zum Stand der Diskussion. Op. cit. S. 620.

Германии, когда было принято решение по делу Люта[518] с тем лишь отличием, что на современном этапе во главе социальной перестройки стоит не законодатель, а ФКС.

Опираясь на историческое опровержение эксклюзивности классической функции основных прав, в литературе аргументируют против противопоставления их индивидуально-субъективного и объективно-правового измерений и вместо этого предлагают говорить о различных функциях основных прав: *оборонительной, защитной, оформления и предоставления*[519]. Последние три функции при таком рассмотрении вбирают в себя богатство элементов объективно-правового измерения, а возникающие правовые казусы следует разрешать исключительно в индивидуально-субъективной парадигме вмешательства в основное право. На первый взгляд этот подход выглядит разумным: он не множит лишние сущности, соответствует международному опыту[520] и не допускает исключений из общей схемы проверки вмешательства в основное право.

Но у него есть и ряд минусов. Во-первых, в этой парадигме концепция функционализации как инструмент, способный сделать видимым процесс постепенного исчезновения индивидуально-субъективных коммуникационных свобод в Германии, теряет свою аналитическую и полемическую остроту: ключевой вопрос о вытекающих из основных прав юридических возможностях индивида как бы *растворяется в плюрализме их фактически равноправных функций*, направленных на модернизацию общества на макроуровне[521].

Во-вторых, этот подход исключает коммуникационные свободы из исторического контекста: в первые послевоенные десятилетия только объективно-правовые элементы позволили ФКС в сжатые сроки вывести из коммуникационных свобод нормативное содержание для *оформления структуры медиасферы на макроуровне*, чтобы заблокировать организованный западными союзниками коммуникационный порядок от парламентского пересмотра. Индивидуально-субъективное их измерение при этом оставалось лишь *средством контроля за коммуникацией на микроуровне*. На современном же этапе, когда конституционно-судебному фундаменту немецкого коммуникационного порядка уже много десятилетий, предложение отказаться от использованной ФКС при его заложении спорной терминологии выглядит как попытка скрыть ее противоречия.

В-третьих, возврат к классической догматике, основанной на вмешательстве в основное право (Eingriffsdogmatik) при нынешней степени ее *деформации*, обеспечивающей

---

[518] Ibid. S. 619.

[519] См.: Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte. Op. cit. S. 43-45.

[520] Речь идет о соответствии функциям *duty to respect*, *duty to protect* и *duty to fulfill*. Ibid. S. 46.

[521] Неслучайно эту точку зрения поддерживают академические сторонники плюрализма как нормативной политической позиции. Например, Долдерер противопоставляет *плюрализм объективно-правового содержания* основных прав и классический либеральный *«оборонительный монизм»*, не отвечающий, по его мнению, природе основных прав. См.: Dolderer, M. Op. cit. S. 71-81.

выведение из коммуникационных свобод любого нормативного содержания в рамках взвешивания, едва ли приблизит нас к восстановлению исчезающей автономии личности в коммуникационной сфере. Изменение «дизайна» функционализации коммуникационных свобод с устаревающего морально-этического ценностного дискурса на более технократический принцип соразмерности в этих условиях есть не более чем вопрос вкуса.

5. Таким образом, в настоящей работе мы исходим из *дуализма индивидуально-субъективного и объективно-правового измерений* коммуникационных свобод при признании первого измерения как базового. Изменение же соотношения между ними в пользу второго происходит в рамках *функционализации* через присвоение коммуникационным свободам *новой функции*, выводимой из их объективно-правового измерения и отличной от классической гарантии, ориентированной на государственное невмешательство в коммуникационную сферу. Новая функция при присвоении конституционным интерпретатором *конкретизируется* через привязку к *институту*, *цели* или *ценности*, то есть приобретает *содержание* и *модус интенсивности*[522]. В зависимости от целей коммуникационной политики конкретизация функции может длительное время сохранять стабильность или пересматриваться.

В результате присвоения новых конкретизированных функций в отношении каждой из коммуникационных свобод можно установить общую степень подавленности ее базового индивидуально-субъективного измерения. Для этого Михаэль Флитч применяет трехступенчатую модель функционализации коммуникационных свобод.

На нулевом уровне свобода строго ориентирована на индивидуальное развитие личности. Флитч приводит в пример академическую свободу абзаца 3 статьи 5 Основного закона, в отношении которой ФКС хотя и постулирует наличие объективно-правового содержания[523], но последнее при этом не оказывает ограничивающего влияния на индивидуально-субъективное измерение основного права[524].

---

[522] **Конкретизация новой функции коммуникационных свобод** через *привязку к институту*, как правило, предполагает небольшую регулятивную интенсивность и отсутствие конкретизированного объективно-правового содержания основного права. Например, признается направленность *свободы прессы* на обеспечение функционирования *института свободной прессы в целом*; конкретные конституционно-правовые требования в отношении отдельных печатных изданий при этом, как правило, не выводятся. *Привязка к цели* означает среднюю регулятивную интенсивность и не исключает наполнение основного права глубоко конкретизированным объективно-правовым содержанием. Например, из *свободы вещания* выводятся весьма строгие конституционно-правовые положения в отношении частного и общественного вещания. *Привязка к ценности*, как правило, сигнализирует о высокой регулятивной интенсивности и доминировании объективно-правового содержания коммуникационной свободы как по отношению к собственной индивидуально-субъективной стороне, так и при конфликте с правами других лиц. Примером может служить *презумпция в пользу свободы слова*, способная во имя ценности демократии существенно снизить защиту личных неимущественных прав.

[523] См.: BVerfGE 35, 79 (97-98).

[524] См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 78-80.

На первом уровне усиливается защита только такого способа реализации свободы, который служит выполнению установленной функции[525]. Например, высказывания, вносящие вклад в демократическую дискуссию, получают в рамках судебной защиты приоритет перед всеми остальными.

На втором уровне сфера защиты основного права подвергается телеологической редукции; из нее исключаются способы реализации, не способствующие выполнению подназначенной функции. Так, способу реализации свободы собраний статьи 8 Основного закона на уровне конституционной интерпретации присваивается цель обеспечения публичного демократического дискурса, в связи с чем частные собрания, например, научный конгресс, исключаются из сферы защиты основного права[526].

На третьем уровне основное право подвергается полной десубъективации, а его объективно-правовое содержание абсолютизируется; это влечет превращение реализации свободы в *осуществление компетенции*, установленной законодателем или органом конституционного контроля. Поскольку компетенция включает в себя совокупность конкретизированных полномочий, среди которых есть не только права, но и обязанности, на этой стадии основное право может быть наполнено обязывающим объективно-правовым содержанием. Более того, выводимая из объективно-правового измерения *обязанность может быть направлена прямо противоположно* индивидуально-субъективной стороне основного права. Например, до допуска на рынок частных вещателей в 1980-х годах свобода вещания реализовывалась общественными вещателями монопольно, а обязанность их финансового содержания возлагалась на население; на современном этапе граждане и организации ФРГ также должны оплачивать вещательный взнос вне зависимости от факта потребления контента, производимого общественным вещанием. Иными словами, на третьем уровне основное право может быть частично или полностью *превращено в обязанность*.

Оговоримся, что представленная Флитчем в 1998 году модель нуждается в актуализации. Во-первых, различия между первой и второй ступенями сегодня теряют практический характер: свобода является ограниченным ресурсом и приоритизация защиты одних способов ее реализации *всегда* связана с ослаблением защиты других. Теоретическое различие уровней в том, что на первом из них ослабление защиты происходит в рамках взвешивания, а на втором – при определении сферы защиты основного права, имеет мало влияния на практический результат. Кроме того, из всех коммуникационных свобод на вторую ступень функционализации Флитч помещает лишь свободу собраний, которая

---

[525] Ibid. S. 77.

[526] В этом направлении критически см.: Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte. Op. cit. S. 255-256; Schaks, N. §115. Versammlungsfreiheit // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 34-38.

настоящим рассмотрением не охватывается[527]. Во-вторых, мы предлагаем говорить *не об уровнях, а о методах функционализации*, поскольку современный немецкий опыт показывает, что за счет *гиперболизации коллизий между свободой выражения мнения и иными ценностями* уже на первом уровне функционализации можно достичь результатов, сравнимых по фактическому ограничивающему эффекту с ее финальной стадией. Автор модели едва мог подозревать, какой драматический характер процесс функционализации приобретет спустя более 20 лет после публикации монографии.

Заметим также, что немецкий коммуникационный порядок подвергся конституционализации в мелких деталях, в ходе которой объективно-правовое содержание функционализированных коммуникационных свобод было перенесено в обычное законодательство и правоприменительную практику. Исследование функционализации коммуникационных основных прав, таким образом, совпадает с изучением коммуникационного порядка ФРГ во всей полноте. Это сделало бы настоящее рассмотрение необозримым. Поэтому предлагается уделить внимание *ключевым механизмам функционализации*, обеспечивающим реализацию магистральных направлений коммуникационной политики.

6. Метод функционализации в значительной степени предопределяется особенностями положения каждого коммуникационного основного права в оформленной Парламентским советом 1949 года и развитой при участии ФКС *системе коммуникационных свобод* абзаца 1 статьи 5 Основного закона, которая в сравнительно-правовой перспективе является оригинальной[528]. Ядро системы формирует *свобода выражения мнения*[529] – она защищает *форму и содержание* высказываний *активно* участвующего в коммуникации субъекта *вне зависимости от способа* распространения информации[530]. Эквивалентом свободы выражения мнения на стороне пассивного участника коммуникации, или *реципиента*, является *свобода информации*, гарантийный объем которой ориентирован скорее не на содержание, а на *процесс свободного восприятия и переработки информации*, полученной из общедоступных источников[531]. Поскольку свободное образование мнения предполагает информированность, свобода информации как самостоятельное основное

---

[527] О логике выделения для настоящего рассмотрения четырех коммуникационных свобод см. подраздел 1 §1.1.

[528] В немецкой системе, в отличие от США и европейских стран, например, Италии или Великобритании, медиасвободы и в особенности свобода прессы получают самостоятельное значение и не рассматриваются как часть свободы выражения мнения. См.: Schuler-Harms, M. §25. Medienverfassung // Herdegen, M., Masing, J., Poscher, R., et al. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: C.H. Beck, 2021. Rn. 26.

[529] Высказывается мнение, что свобода выражения мнения является «ключевым основным правом», отправной точкой для конкретизирующих ее, но тем не менее самостоятельных свобод информации, вещания и прессы. См.: Dörr, D. §103. Informationsfreiheit // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Bd. 4. Rn. 13-14.

[530] См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 2, 319-324.

[531] См.: Germelmann, CF. §118. Informationsfreiheit // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 12-18; Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 985-989.

право, тем не менее, выступает и гарантией свободы выражения мнения[532]. Свободы выражения мнения и информации гарантируют процесс коммуникации преимущественно на индивидуальном уровне и на основе этого критерия могут быть объединены в одну *подгруппу*[533].

Вторую подгруппу образуют *медиасвободы*[534]: прессы и вещания. *Свобода прессы не является lex specialis* свободы выражения мнения и защищает не содержание, а важные для демократии институционально-организационные предпосылки журналистской деятельности: высказанное в прессе мнение попадает в сферу защиты свободы выражения мнения, а свобода прессы будет затронута, например, в случае уничтожения тиража газеты[535]. *Свобода вещания* отграничивается от свободы выражения мнения по тому же критерию, что и свобода прессы[536]. В свою очередь, от последней свобода вещания отличается связью с классическим невещественным способом распространения информации, а в современном технологическом измерении – форматом с преобладанием динамического изображения[537]. Разграничение прессы и вещания в конкретном случае предопределяет применение к медиа нормативных концепций различной степени ограничительной интенсивности.

Столь сложная и проблематичная даже на первый взгляд дифференциация имеет важное практическое значение. Она позволяет закрепить на уровне интерпретации Основного закона различные подходы как к регулированию индивидуальной и массовой коммуникации, так и обосновать специфические модели прессы и вещания уже внутри медиасферы. *В нашем тезаурусе – функционализировать каждое основное право по-разному.* Очевидно, что эта архитектура являлась частью обширного плана по переустройству послевоенной Германии западными союзниками[538]. Позднее, однако, система основных прав абзаца 1 статьи 5 Основного закона по политико-правовым и технологическим причинам попадает в фазу нестабильности.

С *политико-правовой точки* зрения она была вызвана деформацией классической догматики[539]: поскольку в отношении перечисленных свобод в абзаце 2 статьи 5 Основного закона предусмотрена общая для них ограничительная оговорка, специфика каждого из основных прав может быть учтена на уровне взвешивания, что в условиях отсутствия каких-

---

[532] См.: Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 102-104; Germelmann, CF. §118. Informationsfreiheit. Op. cit. Rn. 13; См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 75-76.

[533] См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 2-3.

[534] См.: Jarass, HD. GG Art. 5. Kommunikationsfreiheiten sowie Kunst- und Wissenschaftsfreiheit // Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar. 18. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 1-2.

[535] См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 319-324.

[536] Ibid. Rn. 723-725.

[537] Ibid. Rn. 726-728.

[538] См.: Schuler-Harms, M. §25. Medienverfassung. Op. cit. Rn. 9-25.

[539] См. подробнее подраздел 3 §1.4.

либо строгих юридических очертаний этого ориентированного на конкретный случай процесса намного удобнее, чем более стабильное разделение по сферам защиты. С *технологической точки зрения* вызванная прогрессом конвергенция многократно усложнила разграничение как между подуровнями массовой и индивидуальной коммуникации, так и между электронными прессой и вещанием. Отдельным испытанием стала попытка встроить в систему нуждающиеся в конституционно-правовом регулировании новые медиа.

Вследствие этого в литературе наблюдается многообразие подходов. Так, предлагается трехчленная модель со *свободой выражения мнения* как центральной содержательной гарантией, адекватной новым технологиям общей *медиасвободой* и обеспечивающей доступ к различным источникам *свободой информации*[540]. Выдвигается и более радикальная идея – обобщить содержание абзаца 1 статьи 5 Основного закона до *единой коммуникационной свободы* (Kommunikationsfreiheit)[541]. Отдельным мыслительным шагом является выделение в качестве автономной подсистемы конституционного права *коммуникационной конституции* (Kommunikationsverfassung), внутри которой предлагается определять детальное соотношение коммуникационных свобод между собой[542].

Коммуникационная конституция, как верно отмечается, в действительности преследует цель окончательно отграничить ориентированный на цель гарантирования плюрализма коммуникационный порядок от общей правочеловеческой логики и лежащей в ее основе идеи автономии личности[543]. *Единой коммуникационной свободе* в научном обороте не дает прижиться практика ФКС, в различном объеме наполняющая свободы абзаца 1 статьи 5 Основного закона объективно-правовым содержанием; особые трудности вызывает в значительной степени десубъективированная свобода вещания[544].

Поэтому в настоящей работе вслед за значительной частью литературы мы избираем срединный путь, последовательно используя категории *коммуникационные свободы* или *коммуникационные основные права* (Kommunikationsfreiheiten, Kommunikationsgrundrechte): с одной стороны, это позволяет указанием на их *множественность* сохранять в фокусе внимания *неоднородность* конституционно-правового регулирования немецкого коммуникационного порядка, при необходимости конкретизируя, о какой из четырех свобод идет речь. С другой стороны, категория позволяет увидеть *цельную* коммуникационную политику ФРГ, ведомую идеей гарантирования плюрализма, *не воспринимая как данность ее разделение на сектора*: индивидуальная коммуникация, пресса, вещание и новые медиа.

---

[540] См.: Fechner, F. Medienrecht. Op. cit. S. 18-19.
[541] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 10-11.
[542] См.: Jestaedt, M. §102. Meinungsfreiheit. Rn. 18-27.
[543] Ibid.
[544] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 10.

Итак, в рамках первой подгруппы свобода выражения мнения функционализируется на основе первого метода[545] посредством усиления защиты такого ее способа реализации, который бы вносил наибольший вклад в воплощение направленного на гарантирование плюрализма объективно-правового содержания, соответственно, за счет ослабления защиты всех остальных вариантов использования свободы, не способствующих или препятствующих этой цели. Свобода информации остается наименее функционализированным основным правом. Свободы прессы и вещания, входящие во вторую подгруппу, ориентированную на институционально-организационные принципы массовой коммуникации, функционализируются по-разному. Свобода вещания – на основе второго метода[546], то есть через десубъективацию и абсолютизацию ее объективно-правового измерения, которое затем формулируется законодателем и органом конституционного контроля в качестве содержащей ряд обязанностей компетенции. Более сложный случай представляет свобода прессы – на современном этапе метод ее функционализации трансформируется из первого во второй; говорить о ее функционализации на основе первого метода с учетом современного регулирования было бы неверно. Отметим, что оценки уровней функционализации конкретных коммуникационных свобод в монографии Флитча хотя и не противоположны, но отличаются от наших[547]. Попытаемся дать некоторые более детальные пояснения к выводам в отношении каждой коммуникационной свободы.

7. Конституирующее значение *свободы выражения мнения* для демократии ФКС конкретизирует *презумпцией в пользу свободы слова* (Vermutung zugunsten der Freiheit der Rede), вносящей вклад в общественную дискуссию[548]. В сущности, речь идет о

---

[545] В терминологии Флитча – это первый и второй уровни функционализации.

[546] В терминологии Флитча – это третий уровень функционализации.

[547] *К нулевому уровню функционализации* исследователь относил академическую свободу, свободу искусства и культуры и свободу информации. *К первому уровню функционализации* Флитч относил свободу выражения мнения, свободу прессы и свободу объединений. *Ко второму уровню функционализации* ученый причислял свободу собраний. *На третьем уровне функционализации* у Флитча находится свобода вещания. См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 9-15.

[548] **Презумпция в пользу свободы слова** формулируется ФКС следующим образом: «[…] Из фундаментального значения свободы выражения мнения для свободного демократического государства следует, что с точки зрения такой конституционной системы было бы непоследовательно отдавать содержательный объем именно этого основного права на откуп какой-либо релятивации посредством обычного закона (и, следовательно, посредством судебной практики, интерпретирующей законы). Напротив, и здесь в целом применимо то, что выше уже было раскрыто относительно соотношения основных прав и частноправового порядка: общие законы в их ограничительном воздействии на основное право, в свою очередь, также должны рассматриваться и интерпретироваться в свете значения этого основного права таким образом, чтобы оставалось гарантированным особенное ценностное содержание этого права, которое в свободной демократии *должно вести к принципиальной презумпции в пользу свободы слова во всех областях, особенно в публичной сфере*». **Затем суд уточняет значение презумпции в отношении частной сферы:** «Защита частного правового блага может и должна тем больше отступать, чем больше речь идет о вкладе в интеллектуальную борьбу по существенно затрагивающему публичную сферу вопросу со стороны легитимированного на это лица, а не о непосредственно направленном против этого правового блага высказывании в частных, в особенности экономических отношениях и в корыстных целях. *Здесь действует презумпция в пользу свободы слова*». См.: BVerfGE 7, 198 (208, 212). Позже указанная презумпция становится частью постоянной практики ФКС: BVerfGE 54, 129 (137); BVerfGE 61, 1 (11); BVerfGE 66, 116 (139). См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 104; Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 106-107.

полуабстрактном преимуществе при взвешивании, которое не действует автоматически и в полной мере может быть реализовано только после оценки обстоятельств конкретного дела[549]. Флитч указывает на его *двунаправленное действие*: во-первых, презумпция делает различие между частными и публичными способами реализации свободы выражения мнения внутри сферы ее защиты; во-вторых, она отделяет свободу выражения мнения как заслуживающее приоритизации правовое благо от всех остальных благ, в том числе других основных прав, ослабление которых допускается в демократических целях[550]. ФКС указывает на возможность дополнительного усиления презумпции (Supervermutungsregel) в случаях, когда политическая дискуссия обостряется до предела – как правило, во время выборов. Судя по формулировкам постановления, оставляющим пространство для маневра, эта квалифицированная презумпция может быть применена и в других случаях[551]; мыслится, например, ее активирование по какой-либо теме или в кризисный период.

Даже эта сравнительно небольшая степень функционализации свободы выражения мнения вызывает проблемы: названная презумпция размывает фундаментальное для этого основного права *разделение между правдивыми и доказанно ложными утверждениями о фактах*[552], а *в конфликтах между частными лицами* способствует существенному ограничению личных неимущественных прав, что в период ее усиления во время выборов может превращаться и в *опосредованное принуждение к участию в публичных дебатах*; иными словами, вступление в дискуссию становится единственной возможностью защитить личную честь и одновременно знаменует практически полную потерю личных неимущественных прав[553]. Как правильно указывает Флитч, подобные дебаты не приближают предвыборную борьбу к демократическим идеалам, а лишь способствуют скандализации дискурса[554]. Стоит признать, однако, что презумпция может иметь положительный эффект в конфликтах по поводу критики гражданином государства, но и он ограничивается избирательностью правоприменения.

---

[549] См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 104.

[550] Иными словами, *осуществляется цензура индивидуального поведения*, реализующего основное право. Ibid. S. 103-105.

[551] См.: BVerfGE 61, 1 (11-12).

[552] Так, например, *доказанно ложные суждения о фактах*, согласно практике ФКС не попадающие в сферу защиты свободы выражения мнения, в результате применения презумпции в пользу свободы слова все же могут получать защиту, поскольку слишком жесткие требования к доказательности и правдивости фактического утверждения способны подорвать свободный демократический дискурс. Иными словами, как указывает Флитч, ФКС при помощи названной презумпции в каждом конкретном случае получает возможность решать, будет ли какое-то конкретное доказанно ложное утверждение о факте включено в сферу защиты свободы выражения мнения или нет. См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 90-91; в этом же направлении критически, см.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 49-51.

[553] Эту спорную позицию ФКС выражает следующим образом: «[…] Решающим фактором, скорее, является то, участвовало ли и в каком объеме лицо, затронутое уничижительными высказываниями, в защищенном абзацем 1 статьи 5 Основного закона процессе формирования общественного мнения со своей стороны, *по собственному ли решению оно подчинилось условиям борьбы мнений и посредством этого поведения отказалось от части своей заслуживающей защиты частной сферы*». BVerfGE 54, 129 (138).

[554] См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 107.

Подлинный же конституционно-правовой риск данной презумпции раскрывается лишь в динамике, которую хорошо отражает введенная нами в контексте анализа синергии школы Сменда и неоплюралистической теории метафора «замерзающего озера»[555]. Значение презумпции кратно возрастает, если все остальные, коллидирующие со свободой выражения мнения правовые блага будут *гиперболизированы*. Профессор Фрауке Ростальски (Frauke Rostalski) обозначает феномен преувеличения беззащитности общества в целях обоснования нового репрессивного регулирования под эгидой «усиления жизнестойкости демократии» как *уязвимость дискурса* (Diskursvulnerabilität), признавая существование этой проблемы в современной Германии[556]. Судья ФКС в отставке Петер М. Хубер более лапидарно говорит о «все более сильном сужении коридора мнений», критикуя угрожающую свободе выражения мнений деятельность немецких властей[557]. Вполне разделяют эти опасения известные конституционалисты профессор Кристоф Дегенхарт[558] и профессор Кристоф Грепль[559].

Эта общая оценка едва ли покажется алармистской, если обратить внимание на факты. В последние несколько лет в немецком Уголовном кодексе (Strafgesetzbuch, далее – StGB)[560] были ужесточены существующие или введены новые составы, ограничивающие свободу выражения мнения. С одной стороны, декларируя цели защиты демократического порядка, в 2022 году законодатель в сжатые сроки и без предметного обсуждения расширил предусматривающий ответственность за разжигание межнациональной розни состав §130 StGB, включив в него неопределенный с юридико-технической точки зрения запрет одобрения международных преступлений[561]. Его целью, очевидно, было подавление

---

[555] См. подраздел 5 §1.2.

[556] См.: Rostalski, F. Zugriffe auf die Meinungsfreiheit erleben Konjunktur. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/strafrecht-verschaerfungen-meinungsfreiheit-diskurs-rostalski (accessed: 23.04.2025); Rostalski, F. Die vulnerable Gesellschaft: die neue Verletzlichkeit als Herausforderung der Freiheit. München: C.H. Beck, 2024.

[557] Профессор Хубер отмечает, что *ненависть и травля не являются определенными правовыми понятиями, а скорее становятся «шлюзами» для реализации через право идеологических представлений*. Ученый критикует и попытку властвующей партийной коалиции усилить «борьбу с ложью», отмечая сложность определения правдивости высказывания и установления умысла. Профессор констатирует негативную динамику, угрожающую умалением свободы выражения мнения в стране. См.: Ex-Verfassungsrichter warnt Groko vor Aushöhlung der Meinungsfreiheit. Stern. URL: https://www.stern.de/politik/deutschland/einschraenkung-der-meinungsfreiheit--frueherer-verfassungsrichter-warnt-35600562.html (accessed: 02.04.2025).

[558] См.: Degenhart, C. Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie? Op. cit.

[559] См.: Gröpl, C. Wie viel Meinungsfreiheit verträgt der Rechtsstaat? // Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. 2025. Vol. 44. №5. S. 281-286.

[560] Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 7. November 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 351) geändert worden ist.

[561] См. Volksverhetzungs-Paragraf und Bundeszentralregistergesetz geändert. Deutscher Bundestag. URL: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw42-de-bundeszentralregister-915600 (accessed: 01.05.2024); Völkerrechtsverbrechenbezogene Volksverhetzung. Der neue Straftatbestand des §130. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. URL: https://www.bundestag.de/resource/blob/934836/74495c11da75f696859849cfa81118ad/WD-7-111-22-pdf-data.pdf (accessed: 01.05.2024); в критическом контексте также см.: „Volksverhetzung“ – eine Verschärfung der Strafbestimmung. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=89732 (accessed: 01.05.2024).

критического мнения широких слоев населения о внешней политике НАТО[562]. В качестве дополнительной санкции за многократное нарушение §130 StGB сегодня обсуждается *лишение пассивного избирательного права* граждан ФРГ, что лишь усиливает сомнения в конституционно-правовой допустимости новеллы[563]. Усиление воинствующей демократии дополняется и *гибридными концепциями*, предусматривающими *санкционирование законных действий*. К таким инструментам относятся *борьба с делегитимизацией государства* (Delegitimierung des Staates)[564] и *борьба с дезинформацией*[565]. Не будет преувеличением утверждать, что в обычном законодательстве и практике кристаллизуется *презумпция недоверия высказываниям, критически ориентированным по отношению к правительству*. Примечательно, что несмотря на очевидно спорную совместимость таких концептов со свободой выражения мнения, судебный активизм ФКС, кажется, находит здесь свои границы.

С другой стороны, в том же 2021 году был существенно расширен состав §188 StGB, предусматривающий ответственность за оскорбления, клевету и распространение позорящих утверждений, пригодных «значительно усложнить общественную деятельность» так называемых «персон политической жизни», что в действительности означает *привилегирование защиты чести политиков*[566]. ФКС, в дополнение собственной аргументации о ценности для демократии критики власть предержащих[567], в других

---

[562] По этому поводу в 2023 году в ФКС поступила конституционная жалоба. Заявители, среди прочего, указывали, как на *спорные формальные аспекты* (отсутствие полноценных дебатов и экспертной оценки, а также проведение поправки в последний момент законом, предметно не связанным с ней), так и на *содержательное противоречие новеллы свободе выражения мнения*. Подчеркивалось, в частности, что размытый состав абзаца 5 §130 StGB позволяет превентивно и произвольно блокировать актуальную общественную дискуссию по внешнеполитической проблематике. Этот довод усиливает обстоятельство, что для применения абзаца 5 §130 StGB *не требуется какая-либо юридическая фиксация международных преступлений*, за отрицание, одобрение или грубое преуменьшение которых новеллой устанавливается уголовная ответственность. См.: Warweg, F. „Maulkorb für Kriegsgegner“ – Verfassungsbeschwerde gegen Neufassung von „Volksverhetzung“-Paragraf 130 eingereicht. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=102457 (accessed: 01.05.2024); одобрительно о новелле, предсказывая ее признание ФКС соответствующей Основному закону, см.: Kubiciel, M. Welcher Skandal? Anmerkungen zur eher symbolischen Änderung des §130 StGB, VerfBlog, 2022/10/27. URL: https://verfassungsblog.de/welcher-skandal/ (accessed: 01.05.2024).

[563] Также критически см.: Hoven, E. Volksverhetzung und die Entziehung des passiven Wahlrechts, VerfBlog, 2025/4/30. URL: https://verfassungsblog.de/volksverhetzung-und-die-entziehung-des-passiven-wahlrechts (accessed: 30.04.2025).

[564] См. подробнее подраздел 10 §1.1.

[565] Более детально к проблематике дезинформации мы обращаемся в главе 2.

[566] Критически в этом направлении см.: Degenhart, C. Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie? Op. cit. S. 6-7; Салихов, Д.Р. Протестные отношения в конституционном праве: от теории к практике конституционного-правового регулирования. Монография. Москва: Юстицинформ, 2022.

[567] Так, к постоянной практике ФКС принадлежит следующая позиция: «*Государство не имеет права на защиту чести в силу основных прав.* В то время как в случаях, когда свобода выражения мнения высказывающегося и личные неимущественные права затронутого высказыванием лица противостоят друг другу, определение неправомерного нарушения, как правило, требует проведения надлежащего взвешивания между тяжестью ущерба личности, нанесенным высказыванием, с одной стороны, и уроном свободе выражения мнения, наносимым посредством запрета высказывания, с другой стороны, *государство по общему правилу должно выдерживать острую и полемическую критику*. Допустимость критики системы является частью государства основных прав». BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. April 2024 - 1 BvR 2290/23 -, Rn. 28.

решениях уже делает бóльший акцент на ценности эффективной защиты чести лиц, выполняющих публичные функции[568], таким образом, *если не создавая самостоятельно, то, без сомнений, одобряя создание* в обычном законодательстве своего рода *презумпции в пользу защиты чести политиков*. Важно отметить, что §188 StGB стал в ходе реформы *составом частно-публичного обвинения*, то есть уголовное преследование может быть начато прокуратурой по собственной инициативе.

Но не только названные расширенные и новые, но и множество других существующих неизменно уголовных составов, ограничивающих свободу выражения мнения, в последние годы стали причиной стремительного роста количества уголовных дел на практике[569]. Иными словами, верно было бы говорить и о появлении *общей презумпции в пользу защиты чести*, существование которой обосновывается необходимостью ожесточенной борьбы с так называемым языком ненависти.

Таким образом, реализация свободы выражения мнения попадает в зависимость от системы из трех принципов: (1) *Любое критическое высказывание может быть признано противоправным как наносящее ущерб гиперболизированным публичным или частным интересам.* (2) *Противоправность любого высказывания по решению суда может быть исключена в силу вклада высказывания в демократическую дискуссию.* (3) *Решение суда всегда может быть дополнительно пересмотрено ФКС в любых пределах на основе взвешивания* (ФКС как Superrevisionsinstanz[570]).

Разумеется, делая это полемическое обобщение, мы не отрицаем наличие правил взвешивания, ориентированных на типовые ситуации при разрешении дел по свободе выражения мнения. Мы лишь указываем на то, что *все они являются более слабыми по отношению к представленной матрице*. Это не означает, что последняя активируется во всех делах, но почти всегда – в делах *политических*.

Приведем примеры. В период серьезного обострения отношений ФРГ с Турцией, достигшего высшей точки после провала военного переворота в республике в 2016 году,

---

[568] В литературе позиция ФКС обобщается следующим образом: «Однако, и в отношении государственных служащих или политиков конституция допускает не каждое направленное против личности оскорбление или проявление неуважения, а требует проведения взвешивания, насколько высказывание вносит вклад в общественную дискуссию или же его главной целью является унижение затронутой персоны. *В публичном интересе поддержания готовности к участию в управлении государством и в общественной жизни необходимо защищать государственных служащих и политиков от подобных посягательств*». HRRS. Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht. №6. 2022. URL: https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/22-06/hrrs-6-22.pdf (accessed: 01.05.2024); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21. März 2022 - 1 BvR 2650/19 -, Rn. 25; Degenhart, C. Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie? Op. cit. S. 6, 8.

[569] В этом направлении см. подробнее: Rostalski, F. Zugriffe auf die Meinungsfreiheit erleben Konjunktur. Op. cit; Degenhart, C. Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie? Op. cit.

[570] Критически о неограниченном вмешательстве ФКС в деятельность обычных судов по делам о свободе выражения мнения в контексте стабильности правовой системы, см.: Heintzen, M. §117. Meinungsfreiheit Op. cit. Rn. 14-15, 62-64; в этом же направлении юридическая пресса: Zimmermann, W. Bundesverfassungsgericht macht sich zur dritten Instanz. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/meinung/m/kommentar-presserecht-reichelt-beschluss (accessed: 10.10.2024).

телеведущий общенационального общественного вещателя ZDF Ян Бемерман (Jan Böhmermann) в эфире своей сатирической программы прочел *безусловно оскорбительное* стихотворение в отношении президента Турецкой Республики Реджепа Тайипа Эрдогана. Несмотря на возбужденное в Германии по запросу турецкой стороны в отношении Бемермана уголовное производство в соответствии с ныне утратившим силу §103 StGB, предусматривавшего ответственность за оскорбление органов и представителей иностранных государств, ему удалось избежать ответственности из-за того, что позже прокуратура приостановила расследование, посчитав высказывания ведущего вносящей вклад в демократическую дискуссию сатирой[571].

К ценной для свободы выражения мнения сатире судом было отнесено *абсолютно очевидное оскорбление* немецкого оппозиционного политика Алис Вайдель (Alice Weidel), также совершенное ведущим в эфире общественного вещания, к контенту которого предъявляются особо высокие требования качества, взвешенности и объективности[572].

Пока одним лицам благодаря презумпции в пользу свободы слова удается уходить от ответственности за оскорбления, в отношении критиков правительства взвешивание дает противоположные результаты за куда более безобидные высказывания. Так, 76-летний гражданин ФРГ, раскритиковавший в социальной сети лоббиста военно-промышленного комплекса, председателя комитета по обороне Бундестага Мари-Агнес Штрак-Циммерман (Marie-Agnes Strack-Zimmermann) за ее едва ли совместимые с запретом абзаца 1 статьи 26 Основного закона многократные призывы к военно-политической эскалации, с нашей точки зрения, *не допустив оскорбления*, тем не менее, был привлечен судом к уголовной ответственности[573]. По данным прессы, от имени Штрак-Циммерман *только за один месяц*

---

[571] **Дело Бемермана** с конституционно-правовой точки зрения интересно тем, что оно *открывает дорогу для оправдания абсолютно оскорбительных и неприемлемых высказываний, если властями им приписывается значимость для публичной дискуссии*. Конституционно-правовой риск заключается в том, что под эгидой сатиры в политических интересах может наноситься существенный ущерб репутации оппозиционеров и инакомыслящих при одновременном лишении их средств правовой защиты. В пользу этого предположения говорят и более поздние казусы с участием Бемермана. Весьма неубедительные попытки обосновать законность поведения ведущего, предпринимаемые в литературе, в действительности ведут к отмене запрета на *оскорбительную критику* (Schmähkritik), который ранее кристаллизовался в немецкой практике по свободе выражения мнения и обеспечивал относительную стабильность в разрешении судебных дел. См.: Thiele, A. Erlaubte Schmähkritik? Die verfassungsrechtliche Dimension der causa Jan Böhmermann, VerfBlog, 2016/4/11, https://verfassungsblog.de/erlaubte-schmaehkritik-die-verfassungsrechtliche-dimension-der-causa-jan-boehmermann/ (accessed: 10.10.2024).

[572] См.: LG Hamburg, Beschluss vom 11.05.2017 - 324 O 217/17; NDR extra 3 durfte Weidel "Nazi-Schlampe" nennen. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-hamburg-324o217-17-alice-weidel-afd-ndr-nazi-schlampe-satire (accessed: 10.10.2024).

[573] См.: Grenze der Meinungsfreiheit überschritten: Geldstrafe für Langener nach Online-Beleidigung von Marie-Agnes Strack-Zimmermann. URL: https://www.op-online.de/region/langen/geldstrafe-fuer-langener-nach-online-beleidigung-von-marie-agnes-strack-zimmermann-93658956.html (accessed: 03.04.2025). См. также другие похожие дела: „Kriegshexe“-Kommentar: Strack-Zimmermann verklagt Dortmunder. URL: https://www.waz.de/lokales/dortmund/article408411233/fdp-strack-zimmermann-als-kriegshexe-beleidigt-dortmunder-vor-gericht.html (accessed: 06.03.2025); также в сравнении с делом Алис Вайдель см.: FDP-Politikerin Strack-Zimmermann als "Nazi" beleidigt: Geldstrafe für 63-Jährigen. URL: https://www.stern.de/news/fdp-politikerin-strack-zimmermann-als--nazi--beleidigt--geldstrafe-fuer-63-jaehrigen-35914400.html (accessed: 22.07.2025).

подается около 250 заявлений о преступлении в отношении пользователей социальных сетей, допускающих критические оценки действий властей, в особенности по внешнеполитическим темам, многие из которых завершаются для простых граждан серьезным наказанием[574].

Подобные мнения преследуются и в рамках публичного обвинения: например, общественный активист Хайнер Бюкер (Heiner Bücker) был привлечен берлинским судом к уголовной ответственности на основе устанавливающего наказание за поощрение и одобрение преступлений §140 StGB *за речь «Никогда больше не воевать против России»*, произнесенную им 22 июня 2022 года у памятника Воину-освободителю в Трептов-парке[575]. Суд указывал, что слова активиста имеют потенциал «подорвать доверие к правовой безопасности и повредить психическому климату среди населения»[576]. Сатирический фотомонтаж в отношении федерального министра внутренних дел Нэнси Фезер (Nancy Faeser), выражающий критику в том числе за принятое ей решение о закрытии журнала Compact, впоследствии отмененное Федеральным административным судом ФРГ как незаконное[577], стал основанием для уголовного осуждения шеф-редактора одного из небольших онлайн-медиа[578].

Время от времени в подобные названным спорные случаи вмешивается ФКС, устанавливая собственное видение справедливости в конкретных делах[579], долгосрочный же эффект от такого контроля близок к минимальному, поскольку в условиях размытого законодательства и нестабильного правоприменения точечная отмена репрессивных мер имеет скорее символический характер.

Таким образом, несмотря на сравнительно мягкий метод функционализации, степень фактического отдаления свободы выражения мнения от ее индивидуально-субъективного содержания в условиях гиперболизированных противоречий между основными правами-

---

[574] См.: Strack-Zimmermann erstattet monatlich 250 Anzeigen wegen Drohungen und Hetze. Der Spiegel. URL: https://www.spiegel.de/politik/deutschland/marie-agnes-strack-zimmermann-stellt-monatlich-250-anzeigen-wegen-drohungen-und-hetze-a-cd890890-4ab3-46f1-8643-8f039c2f5620 (accessed: 24.05.2025).

[575] См.: Skandal-Urteil in Berlin: Amtsgericht verurteilt Friedensaktivisten wegen Rede „Nie wieder Krieg gegen Russland“. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=92952 (accessed: 25.03.2024). Впоследствии решение было отменено.

[576] См.: Infosperber. URL: https://www.infosperber.ch/wp-content/uploads/2023/01/Amtsgericht-Tiergarten-Strafbefehl-Heiner-Buecker.pdf (accessed: 25.03.2024).

[577] См.: Bundesverwaltungsgericht hebt COMPACT-Verbot auf. Pressemitteilung Nr. 48/2025 vom 24.06.2025. URL: https://www.bverwg.de/de/pm/2025/48 (accessed: 24.05.2025).

[578] См.: "Deutschland Kurier"-Chefredakteur zu Bewährungsstrafe verurteilt. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ag-bamberg-nancy-faeser-meme-verleumdung-oeffentlicher-person-meinungsfreiheit (accessed: 08.04.2025); BeckRS 2025, 6554.

[579] Например, в 2020 году ФКС признал нарушением свободы выражения мнения привлечение к уголовной ответственности за оскорбление лица, раскритиковавшего министра финансов федеральной земли в связи со спорной процедурой взимания вещательного взноса. См.: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 1094/19 -, Rn. 1-43. См. также о других подобных делах: Klarstellung verfassungsrechtlicher Maßgaben für strafrechtliche Verurteilungen wegen ehrbeeinträchtigender Äußerungen. Pressemitteilung Nr. 49/2020. Bundesverfassungsgericht. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-049.html (accessed: 25.03.2024).

ценностями является *высокой*. Вероятно, наивысшей точки она достигнет, когда из объективно-правового содержания этого основного права будут непосредственно выводиться санкции за ненадлежащий с демократически-функциональной точки зрения способ его реализации, сходные с концепцией *лишения основных прав*, предусмотренной статьей 18 Основного закона (Grundrechtsverwirkung). О развитии событий в этом направлении говорит дискуссия в юридической прессе[580].

8. В сравнении с остальными коммуникационными основными правами *свобода информации* занимает в практике ФКС скромное и скорее подчиненное положение[581]. На это есть несколько причин. Во-первых, названная свобода имеет *пассивный*, ориентированный на реципиента характер, что отличает ее от всех остальных гарантий абзаца 1 статьи 5 Основного закона[582] и автоматически снижает число потенциальных коллизий с правами частных лиц[583]. Иными словами, для активации защитной функции свободы информации субъекту основных прав не обязательно предпринимать активные действия[584]; эта особенность явно подчеркивает исторический *приоритет объективно-правового содержания* свободы информации как *общей негативной компетенционной нормы,* направленной на *блокирование коммуникационной политики государства* в наиболее широком спектре: как производство и распространение, так и ограничение доступа к общедоступной информации с ее введением по умолчанию начинают нуждаться в обосновании в соответствии с абзацем 2 статьи 5 Основного закона. Неслучайно, что эта самая молодая коммуникационная свобода обязана своим появлением западным союзникам; в послевоенной ФРГ она была введена в ответ на преступления национал-социализма, в первую очередь препятствуя государству влиять на трансграничный поток информации[585].

Обстоятельство, что ФКС трактует свободу информации преимущественно как классическое либеральное индивидуально-субъективное право, обязывающее государство *не препятствовать* гражданам в поиске и получении информации из общедоступных источников[586], в действительности не противоречит тезису о главенстве ее объективно-правового измерения: пассивно ориентированная свобода информации скорее напоминает

---

[580] См. в этом направлении, например: Eigler, K.; Sewtz, T. Viel zu verlieren: Die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG, VerfBlog, 2024/1/25. URL: https://verfassungsblog.de/viel-zu-verlieren/ (accessed: 25.03.2024); Lübbe-Wolff, G. Wehrhafte Demokratie: Die Instrumente des Parteiverbots und der Grundrechtsverwirkung, VerfBlog, 2023/10/13. URL: https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/ (accessed: 25.03.2024).

[581] См.: Petras, M. Unsichtbare Infrastrukturen. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Informationsfreiheitsrechts // Petras, M., Vos, H. (Hrsg.) Handbuch Informationsfreiheitsrecht. Kiel: Universitätsverlag Kiel, 2023. S. 33; Dörr, D. §103. Informationsfreiheit. Op. cit. Rn. 1.

[582] См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 83.

[583] См.: Dörr, D. §103. Informationsfreiheit. Op. cit. Rn. 13-14.

[584] Как отмечается, гарантия свободы информации распространяется на *простое получение информации* или даже на *шанс беспрепятственного получения необработанной информации*. См.: Bethge, H. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 53.

[585] См.: Dörr, D. §103. Informationsfreiheit. Op. cit. Rn. 6-7; ФКС также подчеркивал релевантность свободы информации в трансграничном аспекте, см.: BVerfGE 90, 27.

[586] См.: Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 102-104.

ресубъективированное позитивное обязательство, выведенное из ядра системы коммуникационных основных прав – свободы выражения мнения; наделение носителей свободы информации индивидуально-субъективными притязаниями вторично по отношению к цели поддержания трансграничного информационного потока и является лишь инструментом мобилизации населения для ее достижения[587].

С этим представлением связана вторая причина, по которой свобода информации скорее находится «в тени» остальных основных прав абзаца 1 статьи 5 Основного закона. Дело в том, что при глубоком рассмотрении свободу информации трудно отличить от свободы выражения мнения, поскольку ФКС в отношении всех коммуникационных свобод выводит объективно-правовое содержание, направленное на гарантирование плюрализма[588]: если свобода выражения мнения уже включает *свободу формирования мнения* как свою предпосылку (Freiheit, eine Meinung zu bilden)[589], гарантирующую процесс свободного формирования индивидуального и общественного мнения, то какое самостоятельное значение тогда получает свобода информации? Едва ли убеждает из-за своей искусственной сложности предлагаемая в литературе идея понимать свободу информации как lex specialis свободы формирования мнения, которая, в свою очередь, является предпосылкой свободы выражения мнения; не приближает к ответу и часто повторяемый тезис о взаимообусловленности двух свобод[590].

Аналогичные проблемы возникают и с определением отношения свободы информации к свободе прессы и вещания, которые в аспекте активного получения информации вытесняют первую как специальные гарантии функционирования соответствующих институтов[591]. При этом объективно-правовое измерение свободы информации, направленное на гарантирование плюрализма, непосредственно не влияет на ее индивидуально-субъективную сторону, а лишь *опосредованно конкретизируется* в позитивных обязательствах, выводимых ФКС из свободы прессы и вещания: суд чаще всего рассматривает свободу информации *в связи* со свободой вещания или свободой прессы[592].

---

[587] Обобщая дискуссию в литературе, можно утверждать, что самостоятельное значение свободы информации заключается лишь *в увеличении количества субъектов*, *способных противодействовать коммуникационное политике государства по ограничению доступа к информации*. См.: Germelmann, CF. §118. Informationsfreiheit. Op. cit. Rn. 13-16.

[588] См.: BVerfGE 57, 295 (319).

[589] См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 75.

[590] Профессор Грабенвартер аргументирует в противоположном направлении, хотя и он говорит о «взаимообусловленности» свободы формирования мнения и свободы информации; на наш взгляд, категория взаимообусловленности скрывает здесь неразличимость этих гарантий. См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 76.

[591] Такой способ разграничения коммуникационных свобод предлагается в литературе. См.: Germelmann, CF. §118. Informationsfreiheit. Op. cit. Rn. 15. ФКС идет по другому пути, отмечая: «В той мере, в какой медиа участвуют в обеспечении доступности каждому источника информации, доступ [к информации] для медиа, как и для граждан в целом защищается свободой информации предложения 1 абзаца 1 статьи 5 Основного закона». BVerfGE 119, 309 (318).

[592] См.: Petras, M. Unsichtbare Infrastrukturen. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Informationsfreiheitsrechts. Op. cit. S. 42.

Это несколько запутанное взаимодействие также не свидетельствует в пользу свободы информации как самостоятельного основного права.

Наконец, в-третьих, ФКС, в отличие от подхода Страсбургского суда[593], *не выводит непосредственно* из свободы информации *общее право на доступ к информации* ни к государственным, ни к частным источникам информации[594]. В аспекте доступа к информации рассматриваемая коммуникационная свобода, как правило, не может применяться вне рамок оформленного законодателем позитивного порядка[595]. Например, необоснованный отказ по запросу о предоставлении информации в соответствии с федеральным законом о свободе доступа к информации (Informationsfreiheitsgesetz)[596] будет являться вмешательством в свободу информации абзаца 1 статьи 5 Основного закона, но требование информации от государства со ссылкой лишь на закрепленную в Основном законе свободу информации без связи с обычным законодательством будет отклонено[597]. В практическом аспекте это становится важным в контексте планов немецких властей по ограничительной реформе или вовсе отмене федерального закона о свободе доступа к информации[598]: действия законодателя в этом направлении не будут считаться ограничением свободы информации. Сторонники конституционализации критикуют столь широкое политическое усмотрение парламента, ставящее конституционную свободу в зависимость от ее законодательного оформления, указывая на конструкцию свободы вещания, из которой требования для законодателя по оформлению правового порядка выводятся *непосредственно*[599].

---

[593] См., например: Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary. Judgment of 08.11.2016. Application no. 18030/11.

[594] См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 1012.

[595] Иными словами, если государство сделало какой-либо источник информации общедоступным на основе обычного законодательства, то доступ к нему будет защищаться свободой информации. Вопрос выводимости из Основного закона непосредственных индивидуально-субъективных прав предоставления доступа к информации ФКС оставляет открытым. См.: BVerfGE 145, 365 (373).

[596] Informationsfreiheitsgesetz vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), das zuletzt durch Artikel 44 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist.

[597] См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 1021-1023.

[598] Несмотря на значимость закона о свободе доступа к информации для журналистов, с помощью которого им удается бороться с коррупцией и проводить качественные расследования, он также может оказывать негативное влияние на способность государства принимать системные и последовательные решения. В Германии это приобретает особую релевантность, поскольку множество действующих в стране медиа также вовлечены в европейские или евроатлантические транснациональные сети власти, ключевую роль в которых играют США или Великобритания. Цели деятельности этих сетей *не всегда совпадают с национальными интересами ФРГ или даже могут им противоречить*. В этом контексте выше мы уже обращались к известному делу Шпигеля. Вероятно, аналогичными соображениями руководствовались немецкие власти, обсуждая идею *отмены закона о свободе доступа к информации*, которая вызвала критическую дискуссию в юридической прессе. См. подробнее: Rossi, M. IFG abschaffen! Transparenz schaffen! URL: https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/editorial-njw-2025-16-ifg-abschaffen-transparenz-schaffen (accessed: 10.04.2025); Schoch, F. CDU/CSU und SPD denken über Abschaffung nach. So wichtig ist das Informationsfreiheitsgesetz für die Demokratie. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/informationsfreiheitsgesetz-ifg-abschaffung-neue-regierung-koalitionsverhandlungen-spd-cdu (accessed: 27.03.2025).

[599] См.: Petras, M. Unsichtbare Infrastrukturen. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Informationsfreiheitsrechts. Op. cit. S. 37-40; в этом же направлении в литературе предлагается квалифицировать сужение уже оформленного обычным законодательством круга общедоступных источников информации, например, в соответствии с законом о свободе доступа к информации, как ограничение свободы информации в соответствии с абзацем 2 статьи 5 Основного закона. См.: Bethge, H. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 56-57.

Таким образом, функционализация свободы информации до последнего времени зависела от дискреции обычного законодателя; на конституционном же уровне эта свобода рассматривалась преимущественно в классическом либеральном ключе. Подобное положение дел контрастирует с потенциалом этой свободы как центрального коммуникационного права, *в самой высокой степени* пригодного для функционализации: одна лишь свобода информации сферой своей защиты способна охватить весь коммуникационный порядок, при этом не будучи ограниченной ни способом распространения информации, как свободы прессы или вещания, ни привязкой к активным действиям субъекта, как свобода выражения мнения.

Поэтому выводимое из свободы информации позитивное обязательство по гарантированию плюрализма может обосновывать множество направлений коммуникационной политики, которые удобно разделить на пять тематических блоков: во-первых, обеспечение многообразия источников на стороне потребителя информации[600], во-вторых, деятельность государства по созданию ориентирующей информации или поддержке с этой целью третьих лиц, в-третьих, защита от многообразия нежелательной информации[601], в-четвертых, гарантирование права на доступ к общественно-значимой государственной и частной информации[602], в-пятых, поддержка инфраструктуры информационного общества.

---

[600] **Обеспечение многообразия источников на стороне потребителя информации** является наиболее актуальной и значимой частью объективно-правового содержания свободы информации, поскольку затрагивает деятельность *медиапосредников*. Основным инструментом в рамках этого направления является *приоритизация общественно-значимого медиаконтента*. Несмотря на то, что немецкое регулирование в этом отношении является продвинутым, *центр тяжести* концепции гарантирования плюрализма на стороне потребителя информации находится в праве Европейского союза. Поэтому сравнение немецких и европейских подходов мы проводим в главе 2 настоящей работы, о концепции см. §2.1., о конкретных правовых инструментах гарантирования см. §§2.3., 2.4.

[601] **Защита от многообразия нежелательной информации** может также рассматриваться как поднаправление в рамках обеспечения многообразия источников на стороне потребителя информации, ориентированное на гарантирование *негативной свободы информации*, подразумевающей защиту как от *государственной индоктринации*, так и от *навязывания информации* со стороны частных лиц. Последнее, например, может включать защиту от спама по электронной почте, но становится более рискованным в политическом контексте: государство, разрешая между частными лицами споры о навязывании информации, может получить контроль за общественным дискурсом. См.: Dörr, D. §103. Informationsfreiheit. Op. cit. Rn. 63-74; Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 1018-1019. На современном этапе основными инструментами направления являются *борьба с дезинформацией*, а также *повышение медиаграмотности*, которые мы анализируем в европейском контексте в рамках главы 2 настоящей работы, см. §§2.3., 2.4.

[602] **Гарантирование права на доступ к информации** в Германии осуществляется как на федеральном, так и на земельном и даже муниципальном уровнях. В сравнительно-правовой перспективе немецкий опыт не является передовым, ФРГ вводила соответствующие гарантии с опозданием. *На федеральном уровне* базовым и наиболее широким по сфере действия является *закон о свободе доступа к информации* (Informationsfreiheitsgesetz), который дополняют специальные акты: *закон о доступе к информации об окружающей среде* (Umweltinformationsgesetz), а также *закон о совершенствовании информирования потребителей в вопросах здоровья* (Verbraucherinformationsgesetz). *На уровне федеральных земель* также существуют как общие законы, например, *закон о свободе доступа к информации в Северном Рейне-Вестфалии* (Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen), так и специальные, например, *закон о доступе к информации об окружающей среде* в Баварии (Bayerisches Umweltinformationsgesetz). *На муниципальном уровне* существуют *положения о доступе к информации*, которые обретают практикую релевантность, если, например, федеральная земля не имеет закона о свободе доступа к информации или сфера его действия сужена. Ряд гарантий, направленных на обеспечение доступа к информации, закрепляются также в специальном законодательстве. Многообразие законодательных актов объясняется тем, что федеральный центр не обладает базовой компетенцией в вопросах доступа к информации и

За наполнение свободы информации указанным объективно-правовым содержанием, в первую очередь, выступают некоммерческие организации и связанные с ними ученые[603], затем следует европейский опыт и лишь после них – немецкая практика. Поэтому в настоящем разделе мы обратим внимание лишь на два из пяти перечисленных блоков, остальные два рассмотрим в рамках анализа европейского регулирования в главе 2, а скорее побочную для нас проблематику доступа к информации ограничим небольшим подстрочным комментарием.

Во-первых, в контексте *деятельности государства по созданию ориентирующей информации или поддержке с этой целью третьих лиц* следует указать на конституционный принцип демократии, согласно которому свободное участие государства в публичном дискурсе (Öffentlichkeitsarbeit) *по общему правилу запрещается* в целях защиты автономии процесса образования народной воли, но может допускаться для реализации определенной государственной компетенции на основе объективности, партийно-политической нейтральности и транспарентности[604]. Больше всего споров о конституционно-правовой допустимости в этом контексте вызывает деятельность по политическому образованию граждан, которую в основном осуществляет учрежденный в структуре министерства внутренних дел федеральный центр политического образования (Bundeszentrale für politische

---

вынужден выводить ее из различных специальных норм. Как указывается, однако, в целом все законы имеют схожую структуру и гарантируют доступ к информации *каждому* и *без дополнительных условий*. Направленная на унификацию имеющихся нормативных актов **реформа законодательства о доступе к информации** была объявлена в 2022 году и подразумевала принятие федерального закона о транспарентности (Bundestransparenzgesetz). См.: Vos, H. Einleitung. Rechtlicher Überblick und Praxis des Informationsfreiheitsrechts // Petras, M., Vos, H. (Hrsg.) Handbuch Informationsfreiheitsrecht. Kiel: Universitätsverlag Kiel; 2023. S. 11-29. Поскольку федеральное правительство так и не представило проект нового закона о транспарентности, свой концепт от имени гражданского общества представили некоммерческие организации, в том числе транснациональные. Он предусматривает ряд нововведений. *Во-первых*, вводится обязанность государственных органов публиковать определенные категории информации *по умолчанию*, например, данные о субсидировании или исследования, обосновывающие принятые решения. *Во-вторых*, сфера применения закона расширяется на частных лиц, например, осуществляющих в публичных интересах вывоз мусора или водоснабжение. *В-третьих*, проект существенно сокращает круг исключений, обосновывающих отказ в предоставлении информации, и, в отличие от предыдущего регулирования, ставит их под условие *взвешивания*: например, если «публичный интерес» окажется важнее, могут быть опубликованы как персональные данные частных лиц (§17 проекта) или коммерческая тайна (§18 проекта), так и информация, касающаяся национальной безопасности или международных отношений (§15). *В-четвертых*, проект делает предоставление информации бесплатным, более быстрым и современным, а также упрощает процедуру судебного обжалования отказа в предоставлении доступа. *Содержательным ядром проекта является указание на взвешивание*, что позволяет принуждать государственные органы или частных лиц к публикации практически любой информации на основании судебного решения. Столь серьезное вмешательство в основные права и работу государственной администрации в любом случае потребует *функционализации конституционной свободы информации*, ее более тесного сопряжения с правом на доступ к информации, например, в рамках конструкции позитивного обязательства. См. подробнее о проекте: Transparenzgesetz. URL: https://transparenzgesetz.de/ (accessed: 01.10.2024); дискуссия движется в направлении раскрытия информации частных лиц, см.: Kube, V., Vos, H., Semsrott, A. Die Blackbox der "privaten Belange". URL: https://www.lto.de/recht/meinung/m/akteneinsicht-fragdenstaat-belange-dritter-bei-informationsanspruechen (accessed: 01.10.2024).

[603] См.: Vos, H. Einleitung. Rechtlicher Überblick und Praxis des Informationsfreiheitsrechts. Op. cit. S. 12.

[604] См.: Brenner, M. §14. Das demokratische Prinzip // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 46; BVerfGE 20, 56 (99).

Bildung, bpb), не имеющий даже формальных гарантий независимости[605]. В особенности в школах деятельность центра близка к запрещенной негативной свободой информации политической индоктринации[606].

Для достижения схожих целей немецкое государство также финансирует гражданское общество в рамках *целевых программ* федерального и регионального уровней, направленных на поддержку некоммерческих организаций. Профессор Грепль указывает, что зачастую субвенционируется одно политическое направление: «Пропагандируется определенное видение демократии и общества, которое, возможно, частично совпадает с Основным законом, но, однако, не является безальтернативным. Вероятно, получатели поддержки будут клеймить некоторые политические взгляды как якобы экстремистские, которые еще во второй половине XX века оценивались и принимались как вполне демократические»[607].

Но даже такие инвазивные меры на фоне роста критических настроений в немецком обществе оказываются недостаточными, поэтому правительством был предложен проект федерального закона о продвижении демократии (Demokratiefördergesetz, DFördG)[608]. Его суть сводится к введению *всеобъемлющей*, *постоянной* и *долгосрочной* информационной, консультативной и финансовой поддержки проектов и институтов гражданского общества со стороны правительства. Известный немецкий конституционалист и специалист по медиаправу профессор Хубертус Герсдорф (Hubertus Gersdorf) сомневается в совместимости законопроекта с Основным законом[609]. Для нашего рассмотрения немаловажно, что проект

---

[605] Erlass über die Bundeszentrale für politische Bildung (BpB) vom 24. Januar 2001. GMBl 2001, S. 270. URL: https://www.bpb.de/die-bpb/ueber-uns/auftrag/51244/erlass-ueber-die-bundeszentrale-fuer-politische-bildung-bpb/ (accessed: 01.10.2024).

[606] См., например: Warweg, F. Faktencheck zu Unterrichtsmaterialien der Bundeszentrale für politische Bildung zum Ukraine-Krieg: Tendenziöse Sprache und nachweislich falsche „Fakten“. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=85208 (accessed: 01.10.2024).

[607] См.: Gröpl, C. Wie viel Meinungsfreiheit verträgt der Rechtsstaat? Op. cit. S. 285. Профессор Грепль указывает, что принцип государственной нейтральности и обязательство по гарантированию плюрализма подвергаются опасности, когда федеральное правительство оказывает существенное влияние на общественное мнение, финансово поддерживая формально-юридически независимые, но фактически хорошо управляемые некоммерческие организации. **Грантовая программа «Demokratie leben»,** которую критикует Грепль, является частью обширной правительственной инициативы «Совместно за демократию и против экстремизма. Стратегия федерального правительства за сильную, воинствующую демократию и открытое и плюралистическое общество». *С одной стороны*, стратегия направлена на интенсификацию «политического образования» граждан, усиление медиаграмотности, финансовую поддержку гражданского общества, поддержку демократии в цифровой среде и ряд схожих задач. *С другой стороны*, предполагается превентивная борьба с «врагами демократии» в том числе путем их уголовного преследования, а также осуществление совместного с Европейским союзом контроля за Интернетом в целях устранения дезинформации и языка ненависти. В действительности стратегией может быть обоснована любая активность государства по политическому управлению гражданским обществом. См. подробнее: Gemeinsam für Demokratie und gegen Extremismus. Strategie der Bundesregierung für eine starke, wehrhafte Demokratie und eine offene und vielfältige Gesellschaft. Bundesministerium des Innern und für Heimat, Berlin, 2024. URL: https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/strategie-gemeinsam-fuer-demokratie-und-gegen-extremismus-2284760 (accessed: 01.10.2024).

[608] См.: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Maßnahmen zur Demokratieförderung, Vielfaltgestaltung, Extremismusprävention und politischen Bildung. Drucksache 20/5823, 01.03.2023. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/058/2005823.pdf (accessed: 01.09.2024).

[609] **Проблемы проекта закона о продвижении демократии** профессор Герсдорф детализирует в трех аспектах. *Во-первых*, в Основном законе отсутствует убедительная компетенционная основа для принятия этого нормативного

впервые на законодательном уровне вместо привычного словосочетания «*обеспечение* плюрализма [мнений]» (Sicherung der [Meinungs]vielfalt)[610] употребляет термин «*оформление* или *конструирование* плюрализма» (Vielfaltgestaltung)[611]. Очевидно, что в результате последнего социальные группы и представляемые ими мнения, которые «конструктор» посчитает в своем творении лишними, будут *исключены* – повторимся, подобное оформление плюрализма есть не что иное, как *уничтожение гетерогенного*.

В этом контексте интересно заметить, что существующий в конституционном праве принцип независимости коммуникационного порядка от государства (Staatsferne), понимаемый не только как логическое продолжение упомянутого выше принципа демократии, но и как результат выводимого из коммуникационных свобод принципа плюрализма[612], подвергается в академической литературе весьма конъюнктурной критике. Так, конфликт между нормативным запретом, поддерживаемым ФКС на протяжении всего послевоенного периода, и фактическим участием государства в публичном дискурсе, предлагается решить в пользу сложившейся действительности «не потому, что действительность победила нормативность, а потому что нормативные установления в этой сфере изначально были неверными»[613]. Стоит признать, что этот запрет действительно является ограничением суверенитета ФРГ, установленным после Второй мировой войны; но если отход от него и возможен, то только на условиях явного указания на политический, а не направленный на гарантирование коммуникационных свобод характер деятельности государства в коммуникационной сфере[614].

Во-вторых, относительно *поддержки инфраструктуры информационного общества*, не углубляясь в футурологию, следует заметить, что обсуждаемая в литературе идея дополнения объективно-правового содержания свободы информации обязательством государства гарантировать многообразие путем *производства данных*, обеспечивающего противовес подчиненной алгоритмам рыночной системе, а также *создания или модификации*

акта. *Во-вторых*, проект не содержит норм, направленных на гарантирование необходимой с конституционно-правовой точки зрения партийно-политической нейтральности в распределении средств поддержки. *В-третьих*, проект не соответствует принципу демократии, поскольку создает неравенство политического участия граждан в жизни государства за счет целевого финансирования избранных общественных объединений. В связи с этим Герсдорф предлагает создать процессуальные и институциональные гарантии нейтрального распределения грантовых средств по модели независимого медианадзора за частным вещанием. См.: Gersdorf, H. Schutz der Kommunikationsordnung durch den Staat und vor dem Staat – zwischen „Fake News“ und Demokratiefördergesetz // Neue Juristische Wochenschrift. 2024. Vol. 77. №24. S. 3275-3282.

[610] См., например: §60, MStV.

[611] Термин употребляется в проекте 33 раза, что исключает любые случайности.

[612] См.: BVerfGE 136, 9 (33).

[613] См.: Mast, T. Staatsferne der Medien und Staat im Diskurs // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2023. №10. S. 678.

[614] В ином случае с отпадением принципа Staatsferne широко интерпретируемые в рамках объективно-правового измерения коммуникационные свободы *не обеспечат эффективное ограничение* государственной активности в коммуникационной сфере, потому что ее осуществление государство всегда сможет представить как выполнение позитивных обязательств, выводимых из объективного содержания основных прав абзаца 1 статьи 5 Основного закона, в особенности – по гарантированию плюрализма.

инфраструктуры (например, социальных сетей и поисковых машин) для приоритетной презентации информации приведет к тотальному переплетению государства и общества и, как следствие, сделает излишними классические индивидуально-субъективные коммуникационные основные права. Собственно, это не скрывают и авторы подобных концепций, предлагая, однако, полностью не отказываться от индивидуально-субъективного измерения свободы информации, а использовать его для мобилизации населения к реализации государственной коммуникационной политики, осуществляемой под эгидой прав человека[615].

О том, что свобода информации в процессе функционализации может быть превращена в *обязанность получать информацию*, предостерегал в своей работе еще Михаэль Флитч[616]. ФКС, однако, как тогда, так и сейчас пока не подтвердил *функционализированную интерпретацию свободы информации*, которая, тем не менее, постепенно оформляется в доктрине, обычном законодательстве и практике. Таким образом, формально-догматически свобода информации все еще продолжает оставаться наименее функционализированным коммуникационным основным правом.

9. *Свобода прессы* подвергается функционализации в целях гарантирования плюрализма путем присвоения прессе *публичной задачи* (öffentliche Aufgabe), направленной на «предоставление всеобъемлющей информации, воспроизведение многообразия существующих мнений и самостоятельного образования и репрезентации мнений»[617]. При этом дальнейшая конкретизация публичной задачи не осуществляется ни конституционным судом, ни законодателем, а отдается на откуп автономной подсистеме коммуникационного порядка – *институту свободной прессы*[618]. Хотя ФКС выводит эту институциональную

---

[615] См.: Petras, M. Unsichtbare Infrastrukturen. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Informationsfreiheitsrechts. Op. cit. S. 40-50. Иными словами, речь идет о переформатировании *по модели общественного вещания* всего коммуникационного порядка в целом. В этом контексте мыслятся, например, общественные социальные сети и общественные поисковые системы, общественная пресса, общественные образовательные платформы, общественные базы данных новостей, фактов и знаний, а также общественные площадки для хранения и обмена информацией, и, наконец, необходимые для учета при принятии решений общественно производимые данные.

[616] См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 85.

[617] BVerfGE 52, 283 (296); BVerfGE 20, 162 (174, 175).

[618] Ladeur, KH. Medienfreiheitsgrundrechte // Paschke, M., Berlit, W. (Hrsg.) Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2021. Rn. 11. Также ФКС: «Конституционно-правовой статус свободной прессы соответствует ее функции в демократическом государстве. Основной закон гарантирует в статье 5 свободу прессы. Если изначально, в соответствии с системным положением нормы и ее традиционным пониманием, *свободой прессы гарантируется индивидуально-субъективное право работающих в области прессы частных лиц и компаний*, которое дает его субъектам свободу от государственного принуждения и предоставляет им в определенных обстоятельствах привилегированное правовое положение, то одновременно с этим *свобода прессы имеет и объективно-правовую сторону*. Она гарантирует *институт свободной прессы*. Государство, вне зависимости от индивидуально-субъективных притязаний отдельных лиц, обязано в рамках всего правопорядка, везде, где действие какой-либо нормы затрагивает прессу, учитывать постулат свободы прессы. Свободное учреждение органов прессы, свободный доступ к журналистским профессиям, обязанность государственных органов предоставлять информацию суть принципиальные следствия этого; однако, думается также и об обязанности государства предотвращать опасности, которые могут возникать для свободной прессы в результате формирования монополий на общественное мнение». BVerfGE 20, 162 (175-176).

гарантию из объективно-правового измерения свободы прессы, благодаря своей сравнительно низкой детализации в форме *конституционного ожидания* (Verfassungserwartung)[619] она не ослабляет, а скорее усиливает индивидуально-субъективную сторону этого основного права[620]; такое соотношение между двумя измерениями для медиасвобод абзаца 1 статьи 5 Основного закона весьма нетипично. Например, в отличие от свободы вещания, субъекты которой обязаны подчиняться куда более строгим требованиям внутреннего плюрализма, институт свободной прессы не предполагает существования общественной прессы (öffentlich-rechtliche Presse)[621], хотя такие и подобные им концепции обсуждаются в литературе[622]. Несмотря на то, что и свобода прессы подчинена значимой для демократии цели гарантирования плюрализма, последняя обеспечивается преимущественно за счет облегчения субъектам свободы прессы – журналистам, издателям, медиакомпаниям – ее *индивидуально-субъективной реализации*[623].

Решение в пользу сохранения индивидуально-субъективного компонента свободы прессы означает в макроперспективе организацию института прессы с учетом *дуализма государства и общества*[624] и *на классических началах либеральной экономики*[625], из чего

---

[619] **Конституционное ожидание** не ставит реализацию индивидуально-субъективной гарантии свободы прессы под условие гарантирования плюрализма, как, например, это происходит в случае со свободой вещания; оно как бы имплицирует *презумпцию*, что свобода прессы будет реализована в максимально способствующей плюрализму форме, если институт прессы будет оставаться автономным от государства. См.: Cornils. M. §119. Pressefreiheit // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 36-41.

[620] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 14; Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 43.

[621] **Идея введения общественной прессы** заключается в распространении действия существующей конституционно-правовой модели общественного вещания на печатные издания. Главным образом, это означает отказ от организации сферы прессы на рыночных принципах при введении более жестких требований по гарантированию плюрализма, в особенности – «внутри» журналов и газет. *Конституционно-правовая допустимость общественной прессы в литературе, как правило, отрицается* в связи с различиями в экономических условиях функционирования сектора печатных изданий и телерадиовещания. В то же время по мере исчезновения таких различий из-за вызванных технологическим развитием уменьшения доходов печатных изданий и общего снижения конкурентности на рынке прессы *законодатель может прибегнуть к введению общественной прессы как ultima ratio гарантирования плюрализма*, но до этого должны быть исчерпаны иные, менее инвазивные меры: например, субсидирование или ужесточение антимонопольных правил. На практике введение общественной прессы пока не предвидится. См.: Ladeur, KH. Medienfreiheitsgrundrechte. Op. cit. Rn. 30; Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 128-132; Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 161.

[622] **Концепция свободы выражения мнения и свободы прессы Гельмута Риддера** (Helmut Ridder), как и идея общественной прессы, является результатом демократически-институциональной реинтерпретации коммуникационных свобод, однако, при этом остается более либеральной. *С одной стороны*, Риддер хотел защитить свободу выражения мнения от функционализации и казуистики взвешивания, стремясь придать ей строго формальный и индивидуальный характер. *С другой стороны*, он обосновывал особый институциональный, демократический характер свободы прессы. Согласно его позиции, таким образом, статья 5 Основного закона должна защищать индивидуальную свободу выражения мнения, а к становящейся все более имперсональной свободе прессы следовало применять статью 21, посвященную политическим партиям. Оговоримся, что с течением времени концепция Риддера видоизменялась. См. подробнее: Ladeur, KH. Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie // Kritische Justiz. 1999. Vol. 32. №2. S. 281-294; Ladeur, KH. Helmut Ridders Konzeption der Meinungsfreiheit als Prozessgrundrecht // Kritische Justiz. 2020. Vol. 53. №2. S. 172-182; Tabbara, T. Meinungs- und Pressefreiheit bei Helmut Ridder: negative Dogmatik und „utopischer" Überschuss // Kritische Justiz. 2020. Vol. 53. №2. S. 161-171.

[623] См.: Schuler-Harms, M. §25. Medienverfassung. Op. cit. Rn. 34-40.

[624] См.: Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 114.

[625] См.: Trute, HH. §104. Freiheit von Presse und Film // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Bd. 4. Rn. 3.

следует признание свободы определения собственником политико-публицистической направленности своего медиа (Tendenzschutz)[626] и отклонение концепции внутренней свободы прессы (innere Pressefreiheit), то есть отказ признавать права отдельных журналистов против медиасобственника[627]. Иное означало бы несовместимое с частнокапиталистическими принципами возложение на последнего экономического риска при одновременной невозможности оказать влияние на содержание издания[628].

Элементы объективно-правового измерения свободы прессы, как правило, ориентированы на усиление либеральных начал ее организации в направлении *дерегулирования*. Ключевую роль здесь играют абсолютно действующий *запрет для государства* выступать собственником или даже совладельцем изданий[629], *принцип административного невмешательства в дела прессы* (Polizeifestigkeit der Presse)[630] и полная *замена государственного надзора на саморегулирование,* осуществляемое Советом прессы (Deutscher Presserat)[631]. В компетенционном аспекте независимость прессы усиливается как отсутствием федерального регулирования[632], так и лапидарностью и однообразием

---

[626] ФКС подчеркивает, что свобода прессы включает право свободно определять политическую, мировоззренческую или культурную направленность печатного издания. Суд исходит из того, что издатель вправе воплощать эту направленность в рамках работы редакции. См.: BVerfGE 52, 283 (296-298), Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 94-96.

[627] Оговоримся, что горизонтальный эффект все же может проявляться при защите *негативной свободы прессы* отдельных журналистов. Последние вправе не публиковать высказывания, противоречащие собственным убеждениям. Кроме того, отклонение идеи внутренней свободы прессы на уровне содержания основного права не препятствует медиасобственникам самостоятельно устанавливать правила учета позиции собственных сотрудников. См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 95.

[628] См.: Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 163.

[629] Важно подчеркнуть, что индивидуально-субъективный компонент свободы прессы *не подразумевает право на защиту от конкуренции с государством*. Запрет государственной прессы выводится из объективно-правового измерения свободы прессы и *нацелен на гарантирование плюрализма*. Уточним также, что указанный запрет не охватывает участие государства в публичном дискурсе в связи с реализуемой им компетенцией и не распространяется на публикацию материалов, например, в изданиях, предназначенных для официального опубликования нормативных актов. Кроме того, в капитале медиакомпаний допускается участие *политических партий*; к последним, тем не менее, могут предъявляться дополнительные требования по транспарентности в связи с выполнением ими публичной функции. См.: Ladeur, KH. Medienfreiheitsgrundrechte. Op. cit. Rn. 8, 37; Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 119-123; Trute, HH. §104. Freiheit von Presse und Film. Op. cit. Rn. 33-38.

[630] Данный принцип подразумевает, что допускаемые прессой нарушения не должны санкционироваться с применением превентивных полицейско-административных мер, а в рамках особой процедуры, в том числе с участием судебной власти, в связи с особым значением прессы для публичного дискурса. См.: Ladeur, KH. Medienfreiheitsgrundrechte. Op. cit. Rn. 9; §1, Gesetz über die Presse vom 16. März 1965 (Brem.GBl. S. 63), das zuletzt durch Art. 2 G zur Regelung des Bibliothekswesens im Land Bremen vom 28.3.2023 (Brem.GBl. S. 305) geändert worden ist.

[631] Как отмечается, несмотря на критику этого института, в особенности связанную с отсутствием юридически обязывающего характера его решений, Совет прессы, организованный по британскому образцу, функционирует в Германии с 1956 года и является традиционным институтом немецкого коммуникационного порядка. Эта модель регулирования как проявление принципа внешнего плюрализма была признана и ФКС. См. подробнее о деятельности немецкого Совета прессы в работах российских исследователей: Липчанская, М.А., Привалов, С.А. Конституционная свобода массовой информации в России и Германии: теория и практика. Монография. Москва: Проспект, 2024. С. 142-145; также см.: Held, T. Aufsicht über Presse und Film // Paschke, M., Berlit, W. (Hrsg.) Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2021. Rn. 1-8.

[632] В период с 1949 по 2006 годы у федерации была возможность в рамках *рамочной компетенции* в соответствии со статьей 75 Основного закона установить общее регулирование в отношении прессы. Этим правом федерация не воспользовалась по политическим причинам. После исключения статьи 75 из Основного закона в результате *первой федеративной реформы* (Föderalismusreform I) сфера прессы полностью перешла в компетенцию федеральных земель.

земельных законов о прессе[633]. В специальных областях правопорядка проявляется множество дополнительных привилегий прессы, из которых важнейшие: право отказаться от дачи свидетельских показаний (Zeugnisverweigerungsrecht)[634], привилегия при обработке персональных данных в журналистских целях (Medienprivileg)[635], право прессы запрашивать и корреспондирующая ему обязанность государственных органов исполнительной власти предоставлять информацию (Auskunftsrecht)[636].

Опосредованный горизонтальный эффект свободы прессы ведет к преференциям для журналистов и в отношениях с частными лицами, в особенности – в классическом конфликте свободы прессы с личными неимущественными правами[637]. Во-первых, следствием усиления свободы прессы в результате функционализации становится весьма проблематичное распространение сферы ее защиты на *ложные утверждения о фактах*, если таковые остаются неоспоренными (unwidersprochene Presseberichte)[638]. Во-вторых, ответственность прессы за преступления против чести и достоинства, по верному замечанию Флитча, *«фактически отменяется»* ФКС путем истолкования как «особенного проявления свободы выражения мнения»[639] §193 StGB, предусматривающего осуществление правомерных интересов в качестве исключающего уголовную ответственность основания: выполняемая прессой публичная задача квалифицируется судом

См.: Hain, KE. Verfassungsrecht // Spindler, G., Schuster, F. (Hrsg.) Recht der elektronischen Medien: Kommentar. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2019. Rn. 154-155.

[633] См., например: **Bayerisches Pressegesetz** (BayPrG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 2000 (GVBl. S. 340, BayRS 2250-1-I), das zuletzt durch § 1 Abs. 256 der Verordnung vom 26. März 2019 (GVBl. S. 98) geändert worden ist; **Hamburgisches Pressegesetz** vom 29. Januar 1965, das zuletzt durch Gesetz vom 18. Mai 2018 (HmbGVBl. S. 184) geändert worden ist; **Berliner Pressegesetz** vom 15. Juni 1965, das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 27.09.2021 (GVBl. S. 1117) geändert worden ist.

[634] См, например, на федеральном уровне в уголовно-процессуальном законодательстве абзац 1 §53 Уголовно-процессуального кодекса ФРГ (Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 163) geändert worden ist). Оговоримся, что указанное право выводится непосредственно из абзаца 1 статьи 5 Основного закона и действует вне зависимости от закрепления на уровне обычного законодательства. См.: Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 138.

[635] См., например: §11a, Hamburgisches Pressegesetz. Указанное право также выводится непосредственно из абзаца 1 статьи 5 Основного закона. См.: Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 136.

[636] См.: Art. 4, BayPrG. В отношении федеральных органов исполнительной власти обязанность предоставления информации по запросу прессы выводится непосредственно из абзаца 1 статьи 5 Основного закона. См.: BVerwGE 146, 56; См.: Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 133-134.

[637] См.: Ladeur, KH. Medienfreiheitsgrundrechte. Op. cit. Rn. 14.

[638] Например, если один гражданин публично критикует другого, делая в отношении него утверждения о фактах, о которых первый узнал из прессы, то он не несет бремя по их доказыванию при условии, что соответствующие сообщения в прессе не были оспорены. Обосновывая эту привилегию, ФКС указывает на ограниченные возможности отдельного лица доказать информацию, которая не происходит из сферы его непосредственного опыта и контроля; иное бы недопустимым образом повредило функции прессы, поскольку индивиды не смогли бы ссылаться на ее материалы при формировании собственного мнения. См.: BVerfGE 85, 1 (21-23). Флитч справедливо критикует этот подход, поскольку таким образом по желанию прессы можно нанести существенный вред репутации любого лица. Затронутое лицо, в отношении которого распространяется ложь, в силу ограниченности ресурсов не сможет осуществлять непрерывный мониторинг прессы для выявления и дальнейшего оспаривания неверных материалов, что приведет к их быстрому распространению на законных основаниях – третьи лица смогут ссылаться на них, не проводя собственных изысканий. См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 91-92.

[639] См.: BVerfGE 42, 143 (152).

как осуществление правомерных интересов и практически гарантирует непривлечение к уголовной ответственности за оскорбление[640].

Столь явное привилегирование прессы побуждает к дискуссии о соблюдении принципа равенства, точнее – эссенциального для демократии равенства *политического*: не является ли ценой функционализации свободы прессы вытеснение из политической сферы отдельного гражданина? Почему пресса, являясь частью общества, наделяется мощными полномочиями по контролю за дискурсом, во многом сходными с правом государства осуществлять принуждение, но при этом сама остается неподотчетной демократическим институтам?

Даже если признать в качестве убедительного ответа указание на способность медиасферы обеспечить плюрализм в силу рыночной организации, что в контексте состоявшегося анализа уже само по себе кажется ошибочным[641], рынок прессы современной ФРГ *в силу исторических причин едва ли являлся конкурентным*. Западные союзники после 1945 года, на последнем этапе своего трехступенчатого плана[642], установили в Германии режим *лицензирования прессы*, в рамках которого вплоть до 1949 года с разрешения их военных администраций и в условиях цензуры в стране было учреждено множество газет и журналов[643]. Очевидно, объявленная цель демократизации Германии имела абсолютный приоритет; с экономической точки зрения, однако, свободный рынок прессы мог возникнуть в Германии *только после отмены административного лицензионного режима*, что и произошло с принятием Основного закона. Действительно, исторические исследования

---

[640] См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 108-109.

[641] См. подраздел 2 §1.3.

[642] **План в отношении будущего немецкой прессы**, подготовленный в рамках проходивших в 1944 году англо-американских консультаций в Лондоне, включал три этапа. *На первом этапе* на занятой немецкой территории вводился *всеобщий запрет* на любую деятельность по подготовке и распространению информационных и развлекательных материалов вне зависимости от способа их распространения. Такой запрет вступил в силу 24 ноября 1944 года с принятием Закона военного правительства №191 (Gesetz Nr. 191. Einstweilige Schließung des Zeitungsgewerbes, Rundfunks, Vergnügungsgewerbes, und Untersagung der Tätigkeit des Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda). *На втором этапе* учреждались военные газеты оккупационных властей. *На третьем этапе* допускалось создание немецких газет с разрешения *(лицензии)* и под контролем западных союзников *(в условиях цензуры)*. Лицензионная политика в целом была ориентирована на привлечение к деятельности в сфере прессы лиц, нескомпрометированных сотрудничеством с режимом национал-социализма, но в каждой из оккупационных зон приобретала специфику. Постепенно лицензионная политика и цензура союзников смягчались, уступая место менее инвазивным методам – например, обучению журналистов или созданию в оккупационных зонах немецких информационных агентств. В 1948 году западные союзники поручили федеральным землям разработать законы о прессе. Спустя несколько месяцев после принятия Основного закона, 21 сентября 1949 года, в соответствии с объявленным тремя верховными комиссарами Законом №5 лицензионный режим был отменен, однако, союзники сохранили право запрещать профессиональную деятельность отдельным журналистам или предотвращать распространение публикаций. Обзор приводится по: Schuster, M. Presse // Benz, W. (Hrsg.) Deutschland unter alliierter Besatzung: 1945-1949/55: ein Handbuch. Berlin: Akadademie Verlag, 1999. S. 158-161; Koszyk, K. Presse unter alliierter Besatzung // Wilke, J. (Hrsg.) Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Köln; Weimar; Wien: Böhlau, 1999. S. 31-58.

[643] В конце 1949 года в Германии функционировало 123 газеты, начавшие свою деятельность в период действия лицензионного режима. См.: Schütz, WJ. Entwicklung der Tagespresse // Wilke, J. (Hrsg.) Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Köln; Weimar; Wien: Böhlau; 1999. S. 111.

свидетельствуют о всплеске публицистической активности в первые годы действия свободы прессы – в течение года после открытия рынка количество газет увеличилось в три раза[644].

Проблема, однако, проявилась спустя несколько лет: поскольку еще перед окончанием действия лицензионного режима рынок прессы был в значительной степени распределен и насыщен[645], большинство новых газет не выдержали неравных и неблагоприятных конкурентных условий и закрылись[646]. Лицензионная пресса (Lizenzpresse), таким образом, сохранила свое доминирующее положение, в особенности, в национальном охвате, создав предпосылки для дальнейшей высокой медиаконцентрации и иных искажений конкуренции[647]. *По сей день* наиболее влиятельными в публицистическом и экономическом плане остаются газеты, журналы и издательства, решение об учреждении которых принимали офицеры служб пропаганды оккупационных властей еще до учреждения Боннской республики[648]. Медиарынок Германии, таким образом, демонстрирует удивительный *эффект колеи* (path dependence) – зависимость от предшествующего развития.

О том, что такая *экономическая детерминированность* имеет и *политическое измерение*, красноречиво говорит рассмотренное в начале работы дело журнала Шпигель, являющееся важной точкой трансформации дефицита суверенитета ФРГ в конституционно-правовое измерение немецкого коммуникационного порядка[649]. Напомним: когда в 1960-х годах политика Германии начала расходиться с англо-американскими интересами в сфере обороны и безопасности, исторически тесно связанная с иностранными государствами лицензионная пресса оказала значительное влияние на корректировку курса страны. Современная динамика не дает оснований полагать, что эти связи исчезли или хотя бы ослабли.

Из предложенного исторического аргумента следуют два тезиса. Во-первых, *можно утверждать*, что широкое доверие ФКС к рыночной саморегуляции рынка прессы[650] изначально не имело объективных оснований. Во-вторых, *можно предполагать*, что привилегированный институт прессы является частью существующих поныне преференций в пользу западных союзников, вытекающих из оккупационного режима. Таким образом, усиленная объективно-правовыми элементами в результате конституционно-судебной интерпретации либеральная свобода прессы как негативная компетенционная норма

---

[644] См.: Schuster, M. Presse. Op. cit. S. 160.

[645] Ibid.

[646] См.: Schütz, WJ. Entwicklung der Tagespresse. Op. cit. S. 112; Schuster, M. Presse. Op. cit. S. 160.

[647] См.: Tonnemacher, J. Medienregulierung der Alliierten Deutschland // Krone, J., Pellegrini, T. (Hrsg.) Handbuch Medienökonomie. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2020. S. 1302-1303.

[648] См.: Schütz, WJ. Entwicklung der Tagespresse. Op. cit. S. 130; Schuster, M. Presse. Op. cit. S. 160.

[649] См. подраздел 15 §1.1.

[650] О необходимости организации прессы на рыночных началах см.: BVerfGE 20, 162 (175).

нейтрализует немецкого парламентского законодателя в важнейшем секторе коммуникационного порядка, где фактическое соотношение сил было оформлено по воле западных союзников: юридическая и фактическая конституции не противоречат, а игнорируют друг друга – *смотрят в разные стороны*.

На это можно было бы возразить, что из объективно-правового измерения свободы прессы ФКС выводит не только привилегии, *но и обязательства*, обеспечивающие эффективное выполнение институтом прессы своей публичной задачи. Прежде всего, в этом контексте суд подчеркивает[651] важность *противодействия экономической концентрации*, угрожающей рыночной конкуренции и внешнему плюрализму – многообразию компаний, транслирующих через собственные газеты и журналы различные точки зрения[652]. В действительности же выполнение этой задачи было *полностью провалено* как в силу юридических, так и экономических причин. С одной стороны, конституционно-правовую модель поддержки конкуренции в сфере прессы не удалось в достаточной степени конкретизировать в обычном законодательстве, не в последнюю очередь из-за гипертрофированного индивидуально-субъективного измерения свободы прессы[653]. С другой стороны, снижение роли классических медиа и следующие за ним трансформации рынка во многом лишили контроль за концентрацией смысла – если строгий запрет слияний приведет к исчезновению с рынка убыточных региональных и локальных изданий, то его отсутствие повлечет поглощение последних крупными медиаконцернами[654]. На фоне бездействия на национальном уровне центр тяжести регулирования постепенно смещается в сторону Европейского союза[655].

Гораздо интереснее обстоят дела с обязательствами *журналистской добросовестности* (journalistische Sorgfaltspflicht), которые ФКС, вслед за привилегиями прессы, также выводит из ее публичной задачи на основе мыслительного паттерна «с большой силой приходит большая ответственность»[656]. Ядро журналистской

---

[651] См.: BVerfGE 20, 162 (176).

[652] **Высокая экономическая концентрация в сфере прессы**, изначально сопровождавшая немецкий рынок, продолжает усиливаться. Так, например, *около 75% рынка ежедневных газет Германии контролируют 5 концернов*. См. подробнее: Medienvielfaltsmonitor 2024. URL: https://www.die-medienanstalten.de/forschung/medienvielfaltsmonitor/ (accessed 01.09.2025). Стоит оговориться, что официальной информации не всегда достаточно: методики расчета концентрации СМИ не учитывают множество релевантных факторов, как, например, транснациональные пересечения, рекламный рынок или закупку новостей у одних и тех же информационных агентств. Несмотря на поверхностную транспарентность, немецкая медиасфера остаётся во многом «черным ящиком».

[653] Прежде всего, на это повлияла сдержанность самого ФКС в поддержке активных мер по гарантированию плюрализма в сфере прессы. Поскольку в отличие от сферы вещания суд видел в основе института прессы рыночную логику, ужесточение антимонопольного регулирования трактовалось как ее нарушение – введение защиты от конкуренции. См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 364-368.

[654] См.: Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 46-49; Cornils. M. §119. Pressefreiheit. Op. cit. Rn. 140; Ladeur, KH. Medienfreiheitsgrundrechte. Op. cit. Rn. 34.

[655] См.: подраздел 6 §2.4.

[656] Суд указывал, что свобода прессы влечет за собой обязательства, которые должны восприниматься тем сильнее, чем выше оценивается значение свободы прессы. «Если свобода прессы пользуется своим правом по информированию общественности, она обязана освещать события правдиво». См.: BVerfGE 12, 113 (128-130); Burkhardt,

добросовестности практически единогласно формулируется в земельном законодательстве: «Пресса обязана проверять перед распространением все новости с соответствующей обстоятельствам добросовестностью на содержание, происхождение и правдивость»[657]. Это центральное предписание дополняется и детализируется отраслевым саморегулированием, судебной практикой и доктриной[658].

Связь между публичной задачей прессы и журналистской добросовестностью, однако, является амбивалентной. С одной стороны, очевидно, что безответственность прессы способна не только повредить личным неимущественным правам, но и подорвать доверие к медиасистеме и демократии в целом[659]. С другой стороны, жесткое санкционирование журналистской недобросовестности способно существенно ограничить процесс свободной коммуникации[660]; в особенности требование проверки правдивости сообщений все чаще становится невыполнимым в медиализированном обществе, где новости и факты из отдаленных регионов мира достигают аудиторию через множество посредников, вынужденных работать в условиях срочности. Эта дилемма, накладываясь на *исключительно ситуативную определимость* журналистской добросовестности в рамках взвешивания[661], создает и для ФКС, и для законодателя широкие возможности проведения под эгидой гарантирования свободы прессы коммуникационной политики – различного применения обязательств журналистской добросовестности к участникам процесса коммуникации в зависимости от *властной целесообразности*.

Ярким примером политической инструментализации журналистской добросовестности является проведенная в 2020 году реформа государственного договора в сфере медиа (Medienstaatsvertrag, далее – MStV)[662]: в отношении авторов небольших блогов,

---

EH. Wortberichterstattung – Rechtswidrigkeit und Verschulden // Wenzel, KE., Burkhardt, EH. Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung: Handbuch des Äußerungsrechts. 6. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2018. S. 404.

[657] См.: §6, Hamburgisches Pressegesetz; Art. 3, Bayerisches Pressegesetz; §3, Berliner Pressegesetz. См. также §19, MStV, где указанное обязательство закрепляется в отношении электронных медиа.

[658] В качестве источника иных признанных журналистских стандартов законодатель рассматривает *Профессионально-этический кодекс прессы* (Pressekodex), принятый крупной лоббистской организацией издателей и журналистов печатных СМИ – Советом прессы. См.: Pressekodex. URL: http://www.presserat.de/pressekodex.html (accessed 01.09.2025). См. также о более детальных требованиях к журналистской добросовестности в доктрине и судебной практике: Weyhe, L. Pflichten bei der Berichterstattung // Paschke, M., Berlit, W. (Hrsg.) Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2021. Rn. 4-173.

[659] См.: Weyhe, L. Pflichten bei der Berichterstattung. Op. cit. Rn. 4-9.

[660] В этом же направлении рассуждает ФКС, указывая, что обязательства журналистской добросовестности не должны наносить ущерб свободному процессу коммуникации, то есть ограничивать его плюралистический характер. См.: BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 2009 - 1 BvR 134/03 -, Rn. 65-66; в этом же направлении, см.: Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 141; Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 459.

[661] См.: BVerfGE 35, 202 (233); Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 446; Soehring, J., Hoene, V. Presserecht: Recherche, Darstellung und Haftung im Recht der Medien. 6. Aufl. Köln: Otto Schmidt, 2019. S. 19-20.

[662] **Два пути медиарегулирования** используются федеральными землями для реализации принадлежащей им содержательной медиакомпетенции: земельные законы и государственные договоры; последние на современном этапе являются доминирующим правовым источником. В 2020 году все федеральные земли заключили новый государственный договор в сфере медиа (Medienstaatsvertrag, далее – MStV) – базовый для отрасли нормативно-правовой акт. Новый договор заменил действовавший с 1990-х годов государственный договор в сфере вещания (Rundfunkstaatsvertrag, далее – RStV). Причиной актуализации регулирования было названо технологическое развитие,

YouTube- и Telegram-каналов, а также интернет-сайтов, регулярно распространяющих новости и политическую информацию, в качестве *самостоятельного основания* для юридического санкционирования была введена *административная ответственность за неправду*[663]. В отличие от существовавшей до этого модели медианадзора, где журналистская добросовестность рассматривалась как *вспомогательный элемент* более широкого гражданского, административного или уголовного правонарушения, а начинателями расследования, как правило, выступали затронутые в своих правах частные лица, реформированное законодательство позволяет земельным медиарегуляторам (Landesmedienanstalten) по собственной инициативе осуществлять проверку контента, не нарушающего гражданские или охраняемые уголовным законом права частных лиц, требуя от новых медиа доказательств правдивости распространяемых ими материалов при полном отсутствии процессуальных рамок[664]. При этом независимость указанных медиарегуляторов существует лишь формально, в действительности же их руководящий состав отражает актуальную партийно-политическую пропорцию[665]. Критики указывают на то, что нововведение отменяет существовавший с 1874 года, пусть и с перерывами, уже упоминавшийся принцип административного невмешательства в дела прессы (Polizeifestigkeit der Presse)[666]. В нашем же тезаурусе это говорит о функционализации свободы прессы по второму методу, то есть о ее превращении в *административную компетенцию*.

что предполагает гарантирование плюрализма не только в сфере классических медиа, но и в цифровой среде. См.: Medienstaatsvertrag (MStV) vom 23. April 2020 (GVBl. S. 450, 451, 2021 S. 14, BayRS 02-33-S), der zuletzt durch Art. 1 des Vertrages vom 27. Februar 2024 (GVBl. S. 326) geändert worden ist.

[663] См.: §19, MStV в совокупности с §109, MStV. Из-за неопределенности формулировок указанных положений вопрос о подчинении надзору или освобождении от него может решаться земельным медиарегулятором применительно к каждому конкретному случаю. Детальный обзор и критику указанной реформы мы предприняли в отдельной статье, см.: Короткевич, М.А. Ужесточение надзора за электронными СМИ в Германии: медиасвободы под угрозой? // Юридический мир. 2024. № 8. С. 50-53. См. также наиболее значимые материалы по теме в немецкой литературе: Kompa, M. Staatliche Sperrverfügung gegen Blogger // Multimedia und Recht. 2022. Vol. 4. S. 273-277; Lent, W. Paradigmenwechsel bei den publizistischen Sorgfaltspflichten im Online-Journalismus – Zur Neuregelung des §19 Medienstaatsvertrag // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2020. Vol. 8/9. S. 593-600; Heins, M., Lefeldt S. Medienstaatsvertrag: Journalistische Sorgfaltspflichten für Influencer // Multimedia und Recht. 2021. Vol. 2. S. 126-130.

[664] Отмечается, что *основанием для санкций может стать даже неупоминание информации об определенном обстоятельстве в журналистском материале*, которое в интерпретации надзорного органа непреложно для представления публике «правдивой» картины. Такая практика означает потенциальную возможность избирательного привлечения любого онлайн-медиа к ответственности из-за неизбежности редукции сложности информации. На практике надзорные органы Германии уже используют новые полномочия для борьбы с инакомыслием, например, подавляя критику по внешнеполитическим вопросам. См.: Kompa, M. Op. cit. S. 274-275; Короткевич, М.А. Ужесточение надзора за электронными СМИ в Германии: медиасвободы под угрозой? Указ. соч. С. 52-53; Neue Zensurbehörde? Medienaufseher gehen gegen unabhängige Online-Medien vor. Multipolar. URL: https://multipolar-magazin.de/artikel/neue-zensurbehorde (accessed 01.09.2023); Verbotene Meinung, bestrafte Gesinnung: Zur Europäisierung des deutschen Zensurregimes. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=104676 (accessed 01.09.2024).

[665] Ландтаги назначают членов управляющего органа данного учреждения, формально не связанных какими-либо указаниями, но работающих на непрофессиональной основе и подлежащих отзыву. См., например: Art. 10-15, Bayerisches Mediengesetz (BayMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2003 (GVBl. S. 799, BayRS 2251-4-S), das zuletzt durch die §§ 1 und 2 des Gesetzes vom 9. Dezember 2024 (GVBl. S. 584) geändert worden ist.

[666] См.: Kompa, M. Op. cit. S. 274.

Но подлинная антиконституционная направленность данной реформы открывается лишь в сравнении. Обновленное законодательство не только не распространяет новый, ужесточенный режим надзора на печатную прессу, но и освобождает от него интернет-порталы крупнейших медиа, большинство которых, как мы выяснили выше, в прошлом являлось лицензионной прессой. При этом формально соблюдение журналистской добросовестности в отношении изданий с большим охватом контролируется Советом прессы – частной лоббистской организацией, состоящей из их же представителей. Однако, в отличие от земельных медиарегуляторов, управомоченных *блокировать* небольшие блоги и *штрафовать* их авторов, Совет прессы в отношении крупных медиа вправе применять лишь *символические санкции*, как, например, общественное порицание. Это различие явно свидетельствует о нарушении принципа равенства абзаца 1 статьи 3 Основного закона[667].

Обновленный MStV также допускает освобождение электронных медиа от ужесточенного режима надзора, если они присоединятся к саморегулированию под началом Совета прессы либо иной уполномоченной земельными медиарегуляторами организации. Поскольку в настоящее время ни одно другое учреждение не было признано уполномоченным, вопрос освобождения от надзора фактически поставлен в зависимость от усмотрения Совета прессы, не обязанного мотивировать отказ во включении электронного медиа в собственную систему контроля журналистской добросовестности и взимающего за осуществление последнего немалую плату[668]. С конституционно-правовой точки зрения проблематичность регулирования очевидна и здесь: во-первых, из-за разницы в тяжести санкций земельных медиарегуляторов и Совета прессы можно говорить о *законодательном принуждении к вступлению в правоотношение* с последним, что нарушает негативную свободу объединений статьи 9 Основного закона и запрет обязательного членства журналистов в профессиональных организациях прессы (Verbot des Standeszwangs)[669]; во-вторых, противоречит Основному закону, без сомнения, и *платная реализация коммуникационных свобод*.

Наконец, в отношении признанных международных и национальных информационных агентств действует *еще более привилегированный,* чем для крупной прессы, правовой режим надзора за журналистской добросовестностью. Одобренная ФКС[670]

---

[667] Спорным данное регулирование оказывается и в свете позиции ФКС, согласно которой строгость добросовестности должна соизмеряться с располагаемыми возможностями по проверке информации: нельзя требовать от индивида (например, блогера) такой глубины проверки, которую должны осуществлять медиа (Laienprivileg). См.: BVerfGE 85, 1 (22). Однако, в литературе представлена позиция о применимости Laienprivileg только к индивидам, но не медиа. См.: Soehring, J., Hoene, V. Presserecht: Recherche, Darstellung und Haftung im Recht der Medien. Op. cit. S. 235.

[668] См.: Selbstverpflichtung beim Presserat. URL: https://www.presserat.de/selbstverpflichtung-onlinemedien.html (accessed 01.09.2024).

[669] См.: Lent, W. Op. cit. S. 596; Kompa, M. Op. cit. S. 277.

[670] «Несомненно высокий уровень доверия, которое медиакомпании оказывают информационным агентствам, и их особо значимая функция по формированию общественного мнения оправдывают предоставление публикуемым ими новостям защиты от гражданских исков со стороны пострадавших лиц в той мере, в какой практические возможности

и признаваемая судами[671] *привилегия информационных агентств* (Agenturprivileg), освобождая все остальные медиа от обязанности проверки произведенного агентствами контента на содержание, происхождение и правдивость перед его распространением, свидетельствует о юридической квалификации агентств в качестве *масштаба журналистской добросовестности*[672]. Важно заметить, что привилегирование информационных агентств непосредственно связывается доктриной и практикой с успехом выполнения прессой ее конституционно-правовой публичной задачи: указывается – если бы медиа вынуждены были самостоятельно проверять информацию, то их ежедневная работа была бы парализована[673].

Даже на первый взгляд эта позиция кажется *абсолютно враждебной* либерально-плюралистическим идеям. Привилегия информационных агентств, в сущности, трансформирует глубокое фактическое неравенство, существующее при *производстве информации*[674], в формально-юридическое и политическое неравенство, действующее *при ее распространении*. Более того, указанная привилегия не просто фиксирует, а *способствует углублению экономического неравенства*, делая нерентабельным самостоятельное производство прессой критической информации путем повышения юридических издержек[675], в то время как освобожденные от них информационные агентства получают дополнительные возможности роста. При подобных параметрах конкуренция становится невозможной по определению.

Указывая на *иерархичный централизованный порядок* в коммуникационной сфере, привилегия информационных агентств значительно релятивирует представления о царящем в ней плюралистическом хаосе в духе свободного рынка идей[676]. *Монизм источников информации*, подобно бутылочному горлышку публичного дискурса, делает весьма бессмысленными старания гарантировать *плюрализм на уровне ее распространителей*: с

проверки их правильности используются в разумных пределах». BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 26. August 2003 - 1 BvR 2243/02 -, Rn. 20. В литературе, однако, подчеркивается, что ФКС, в отличие от обычных судов, признание привилегии информационных агентств отчасти считает открытым вопросом. См.: Burkhardt, EH. Wortberichterstattung – Rechtswidrigkeit und Verschulden. Op. cit. S. 408.

[671] KG, Entscheidung vom 07. Juni 2007 - 10 U 247/06. URL: https://dejure.org/2007,3369 (accessed 01.09.2024); LG Oldenburg, Entscheidung vom 18. Mai 1987 - 5 O 1076/87. URL: https://dejure.org/1987,4204 (accessed 01.09.2024).

[672] Оговоримся, что наряду с сообщениями информационных агентств пресса может полагаться и на иные привилегированные источники, как, например, заявления прокуратуры, полиции или иных ведомств. См.: Burkhardt, EH. Wortberichterstattung – Rechtswidrigkeit und Verschulden. Op. cit. S. 409. Для нашего рассмотрения последние имеют меньшую релевантность, поскольку их привилегированное положение несколько компенсируется связью с государством, к которому общество традиционно питает некоторое недоверие; информационные агентства, однако, претендуют на объективность и нейтральность, оставаясь при этом акторами, во многом скрытыми от глаз обывателей.

[673] См.: Weyhe, L. Pflichten bei der Berichterstattung. Op. cit. Rn. 54-58; Soehring, J., Hoene, V. Presserecht: Recherche, Darstellung und Haftung im Recht der Medien. Op. cit. S. 15-16.

[674] Экономическое измерение деятельности информационных агентств обсуждалось выше, см. подраздел 2 §2.2.

[675] Например, самостоятельно проведенное газетой журналистское расследование может повлечь риски судебной тяжбы, поэтому с перспективы бизнес-интересов оно проигрывает информации, взятой из привилегированного источника.

[676] См.: Wagner, H. Presse // Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft: in 5 Bänden. 8. Aufl., Bd. 4. Freiburg; Basel; Wien: Herder, 2020.

такой перспективы и концепция контроля за медиаконцентрацией, и даже идея общественного вещания, которым так много внимания уделяет ФКС, оказываются сугубо вторичными. В этих условиях деградирует до риторического и вопрос о контрольной функции медиа в демократическом обществе: как мультипликатор, а не производитель информации пресса существенно теряет в субъектности. Почему же лишь небольшая часть исследователей-конституционалистов замечает этот нюанс?

Представляется, наибольший объяснительный потенциал здесь вновь приобретает история. Являясь критической инфраструктурой коммуникационной сферы, информационные агентства многим больше сотни лет служат ключевыми инструментами экспансии и глобализации: конкуренция между ними не только не является добросовестной, но и вовсе выходит за экономические рамки и совпадает с борьбой за власть на международной арене[677]. По итогам Второй мировой войны, как отмечает исследователь и историк коммуникации Юрген Вильке, ни один другой сектор коммуникационного порядка Боннской республики не был столь глубоко перестроен западными союзниками, как институт информационных агентств[678]. В результате этой перестройки установилась *многомерная, системная* и *долгосрочная* зависимость немецкого публичного дискурса от крупнейших зарубежных информационных агентств, *непосредственно* связанная с дефицитом суверенитета ФРГ[679]. Так, особая защита американских агентств эксплицитно

---

[677] **Современное исследование роли информационных агентств** предпринимает профессор истории культуры и медиа Фолькер Барт (Volker Barth). В своей работе он реконструирует историю развития информационных агентств в период от основания в Париже первого в мире агентства «Гавас» в 1835 году и до 1939 года. Синхронизация периода научного рассмотрения с началом Второй мировой войны вовсе неслучайна – исследователь стремится продемонстрировать *зависимость между изменениями на политической карте и переделами новостного рынка*. Барт фиксирует и встраивает колебания журналистской добросовестности, стандартов объективности и иных цеховых деталей бизнеса информационных агентств не только в экономический контекст их непримиримой и зачастую недобросовестной конкуренции, часто обозначаемой как картельный сговор, но и расставляет политические акценты. Так, в книге уделяется внимание связи информационных агентств с правительствами национальных государств и империй, их инструментализации для управления колониальной системой, продвижения военной пропаганды и империалистической экспансии. Под влиянием этих факторов объективность сохраняется не в качестве стандарта журналистской добросовестности, но как экономически выгодная концепция продажи и удостоверения благонадежности новостей, приобретая конструктивистский оттенок. Недостатком работы, возможно, является неопределенность в соотношении экономического и политического измерений деятельности информационных агентств: автор признает первостепенной их направленность на извлечение прибыли, но не встраивает ее в политическую логику экспансии и контроля, о которой сам много говорит в тексте работы. *Для конституционалиста исследование может быть ценным в двух аспектах:* во-первых, автор погружается в детали правового статуса информационных агентств, которые облегчают понимание новостного рынка сегодняшнего дня; во-вторых, он рассматривает информационные агентства как *медиа особого рода*, что подталкивает к рассуждениям об их обособленном конституционно-правовом регулировании. См.: Barth, V. Wa(h)re Fakten. Wissensproduktionen globaler Nachrichtenagenturen 1835–1939. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2020.

[678] См.: Wilke, J. Nachrichtenagenturen // Wilke, J. (Hrsg.) Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Köln; Weimar; Wien: Böhlau, 1999. S. 469.

[679] **Оформление немецкого новостного рынка** осуществлялось западными союзниками для *встраивания послевоенной ФРГ в западное информационное пространство* ради долгосрочного обеспечения собственных экономических и политических интересов и происходило различными путями. *Во-первых*, в каждой из западных оккупационных зон под непосредственным руководством военных администраций учреждались *информационные агентства* (Zonenagenturen), получавшие зарубежные новости, в свою очередь, от крупнейших информационных агентств союзников и снабжавшие ими лицензионную прессу. Как отмечает Вильке, из-за различных политических интересов союзников план создания в побежденной Германии единого информационного агентства в Берлине не

фиксировалась в Боннском договоре 1952 года[680], что убедительно объясняет неуспех немецкого информационного агентства dpa (Deutsche Presse-Agentur), которое, несмотря на ощутимую правительственную поддержку, остается вдалеке от таких лидеров, как Agence France Presse, Associated Press и Reuters[681].

На практике это означает, что Германия до сих пор видит мировые и отчасти даже национальные события *«чужими глазами»*[682]; при этом привилегия информационных агентств, действующая в отношении названных глобальных игроков[683], способствует *моментальному* и *некритическому* распространению их видения в публичном дискурсе. Например, Reuters, чьи высокие профессиональные стандарты сегодня, как и сто лет назад[684], заканчиваются там, где начинаются интересы британского правительства, информирует население ФРГ по внешнеполитическим вопросам с явной политической тенденцией[685]. Не только пресса, но даже общественное вещание в значительной степени формируют представление о мире не из первых рук, а на основе «привилегированных источников»[686].

Подводя итог рассмотрения в отношении свободы прессы, следует зафиксировать *двунаправленность процесса ее функционализации*. В отношении наименее субъектных и наименее лояльных участников процесса публичной коммуникации – блогеров – свобода прессы функционализируется *по второму методу, приобретая характер административной компетенции*. В отношении влиятельных крупных изданий и информационных агентств свобода прессы функционализируется *по первому методу*

увенчался успехом. Постепенно западные союзники отказывались от непосредственного контроля за информационными агентствами, *при этом связывая их имущественными отношениями с лицензионной прессой* (допущенным на рынок немецким издательствам передавались доли в капитале информационных агентств соответствующих оккупационных зон). Впоследствии, после снятия возражений отдела цензуры американской военной администрации, в 1949 году информационные агентства оккупационных зон были объединены под эгидой Deutsche Presse-Agentur, dpa. Таким образом, *с одной стороны*, существующее поныне dpa было тесно связано договорными отношениями с крупнейшими информационными агентствами западных союзников, *с другой стороны*, в его капитале участвуют множество издательств лицензионной прессы и общественные вещатели. *Во-вторых*, западные союзники *обеспечивали собственным информационным агентствам преференции и доступ к немецкому новостному рынку напрямую* – заключая договоры о снабжении новостями непосредственно с издательствами газет и журналов. См.: Wilke, J. Nachrichtenagenturen. Op. cit. S. 469-480.

[680] Ibid. S. 478.

[681] См.: Wagemann, J. Nachrichtenagenturen // Krone, J., Pellegrini, T. (Hrsg.) Handbuch Medienökonomie. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2020. S. 801-833. Иностранные информационные агентства сохраняют существенные доли на немецком рынке и по сей день, а также продолжают тесную кооперацию с dpa.

[682] Вильке отмечает, что еще в 1950-х годах немецкие политики оценивали освещение национальных событий корреспондентами иностранных информационных агентств как ограничение *«газетного и новостного суверенитета» ФРГ* (Zeitungs- und Nachrichtenhoheit). См.: Wilke, J. Nachrichtenagenturen. Op. cit. S. 479.

[683] См.: Soehring, J., Hoene, V. Presserecht: Recherche, Darstellung und Haftung im Recht der Medien. Op. cit. S. 24.

[684] См., например: Barth, V. Wa(h)re Fakten. Op. cit. S. 173-179.

[685] См.: Berger, J. Wenn westlicher Qualitätsjournalismus, Propaganda und Infokrieg gegen Russland Hand in Hand gehen. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=70340 (accessed 01.09.2024); Blumenthal, M. Reuters, BBC, and Bellingcat participated in covert UK Foreign Office-funded programs to “weaken Russia,” leaked docs reveal. The Grayzone. URL: https://thegrayzone.com/2021/02/20/reuters-bbc-uk-foreign-office-russian-media/ (accessed 01.09.2024).

[686] См.: Klöckner, M. Die Tagesschau ist systematisch auf die Weltsicht westlicher Nachrichtenagenturen fixiert. Nachdenkseiten. URL: www.nachdenkseiten.de/?p=58762 (accessed: 01.11.2023); Müller, M., Bräutigam, V., Klinkhammer, F. Zwischen Feindbild und Wetterbericht. Tagesschau & Co. – Auftrag und Realität. Köln: PapyRossa, 2019.

посредством привилегирования служащего выполнению публичной задачи поведения носителя основного права. Широта привилегий позволяет говорить *об избирательном дерегулировании* в отношении субъектов коммуникации, влияние на которых является ограниченным в силу реальнополитических причин.

10. Наиболее яркий случай функционализации представляет *свобода вещания* – ни одна другая гарантия из каталога прав человека Основного закона не была подвергнута столь глубокому конституционно-судебному и законодательному (пере)оформлению и конкретизации[687]. Как и для остальных коммуникационных свобод, лейтмотивом объективно-правового измерения свободы вещания является цель гарантирования плюрализма[688]. В отличие от свободы прессы, однако, эта цель не декларируется в форме конституционного ожидания, привилегирующего отдельные формы реализации индивидуально-субъективного права, а становится жестким и конкретизированным *принципом оптимизации*, ориентированным на *фактическое* воплощение[689]. Последнее требует создание *позитивного правового порядка,* состоящего из обширных материальных, институциональных и процессуальных элементов[690], «который бы гарантировал, что многообразие существующих мнений в вещании будет воспроизведено в максимальной широте и полноте и, таким образом, будет предоставляться обширная информация»[691].

Поскольку *оформление* государством такого правового порядка не признается *ограничением* свободы вещания[692], последняя попадает в полную зависимость от обычного законодательства и судебной практики[693] вплоть до определения государством *субъектов свободы вещания* в зависимости от их функциональной пригодности к обеспечению плюрализма[694]. При этом направляющая законодательство и практику цель гарантирования плюрализма абстрагируется и затем обращается против индивидуально-субъективного элемента свободы вещания. Так, до сих пор однозначно *не было признано право частного лица осуществлять вещание*, которое бы выводилось непосредственно из гарантии абзаца 1

---

[687] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 45; Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 517, 522; Flitsch, M. Op. cit. S. 136-137.

[688] См.: BVerfGE 74, 297 (323-324); Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 521.

[689] См.: Cornils. M. §120. Rundfunkfreiheit. Op. cit. Rn. 1-8, 36-40.

[690] См.: BVerfGE 74, 297 (324).

[691] BVerfGE 57, 295 (320).

[692] См.: Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 525-526.

[693] В литературе говорится даже о *специфическом вещательном конституционном праве* (spezifisches Rundfunkverfassungsrecht). См.: Cornils. M. §120. Rundfunkfreiheit. Op. cit. Rn. 2.

[694] Например, предложение 1 абзаца 2 статьи 111a Конституции Баварии указывает *на исключительно публично-правовую форму субъектов свободы вещания.* Согласно конкретизирующему это положение абзацу 1 статьи 2 закона Баварии о медиа, который регулирует частное вещание в этой федеральной земле, в качестве *субъекта свободы вещания определяются не частные вещатели, а осуществляющее за ними надзор специализированное учреждение публичного права* (в Баварии оно называется Bayerische Landeszentrale für neue Medien, BLM); частные же вещатели рассматриваются как поставщики или операторы (Anbieter). См.: Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1998 (GVBl. S. 991, 992, BayRS 100-1-I), die zuletzt durch Gesetze vom 11. November 2013 (GVBl. S. 638, 639, 640, 641, 642) geändert worden ist; Art. 2, BayMG; Cornils. M. §120. Rundfunkfreiheit. Op. cit. Rn. 31; Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 23-24.

статьи 5 Основного закона[695]. Вместо этого главными субъектами свободы вещания становятся созданные в форме учреждений (Anstalt) юридические лица публичного права (juristische Personen des öffentlichen Rechts) – общественные вещатели (öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten), *в компетенцию которых входит реализация свободы вещания в общественных интересах*[696]. Более того, и в отношении частных вещателей, допущенных на рынок решением обычного законодателя лишь под условием надлежащего функционирования института общественного вещания[697], *из свободы вещания выводятся обязанности* гарантирования содержательного плюрализма в их программах – отражения разнообразия значимых мнений плюралистических групп[698]. Иными словами, в отличие от свободы прессы, реализация свободы вещания не включает возможность определения политико-публицистической направленности производимого контента; поскольку критика всегда осуществляется с какой-либо позиции, обязанный быть объективным вещатель теряет в субъектности и отражает или даже фиксирует уже существующее в обществе соотношение сил.

Таким образом, по распространенному в литературе и весьма справедливому мнению индивидуально-субъективный компонент свободы вещания остается *глубоко подавленным* ее объективно-правовой стороной[699]. Это состояние привело к появлению в практике ФКС конституционно-правового оксюморона – *концепции служащей свободы* (dienende Freiheit)[700]. Согласно этой идее, свобода вещания является служащей в двух аспектах: с одной стороны, она обеспечивает бессубъектный плюралистический публичный дискурс и, с другой стороны, гарантирует реализацию иных коммуникационных свобод[701]. Многогранная критика служащей свободы вещания основывается на представлении о

---

[695] См.: Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 188-192.

[696] Это означает, что общественные вещатели не могут отказаться от реализации свободы вещания и подлежат ограниченному надзору со стороны государства. См.: Bethge, H. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 107.

[697] См.: BVerfGE 74, 297 (325).

[698] См., например: Art. 4, BayMG; §59, MStV.

[699] Доминантность объективно-правового измерения свободы вещания делает это основное право непохожим на остальные. Как отмечается, в типичном случае ограничения основного права предполагается, что у индивида есть свобода действий, которая затем может быть ограничена, например, для защиты прав других лиц. Иными словами, действует презумпция допустимости поведения, защищенного основными правами. В случае же свободы вещания ФКС исходит из диаметрально противоположного принципа: без законодательного разрешения осуществление свободы вещания изначально является недопустимым. Можно утверждать, что в отношении свободы вещания действует презумпция признания законодательной меры оформлением основного права, в то время как в отношении прессы действует обратная презумпция – по умолчанию законодательные меры признаются ограничением, а не оформлением свободы прессы. См. в этом направлении: Ladeur, KH. Medienfreiheitsgrundrechte. Op. cit. Rn. 68.

[700] «Свобода вещания, предусмотренная абзацем 1 статьи 5 Основного закона, *не наделяет своего носителя возможностью ее произвольного использования. Как служащая свобода она гарантируется в первую очередь не в интересах вещателя, а в интересах свободного процесса формирования индивидуального и общественного мнения*». BVerfGE 83, 238 (315). «В отличие от других свобод Основного закона свобода вещания не рассматривается как основное право, которое предоставлено его носителю для целей развития личности или достижения собственных интересов. *Свобода вещания скорее является служащей свободой. Она служит процессу свободного формирования индивидуального и общественного мнения*». BVerfGE 87, 181 (197).

[701] См.: Flitsch, M. Op. cit. S. 140.

недопустимости слияния основного права с его ограничениями[702]; такое сокрытие коммуникационной политики не только смешивает до неразличимости оформление и ограничение коммуникационных свобод, но оказывает эродирующее воздействие на саму идею свободы как юридической возможности действовать по своему усмотрению, лежащую в основе системы прав человека[703] и соответствующую принципу достоинства человека только в качестве самоцели[704]. Дополнительные риски возникают, когда ограничительный потенциал концепции служащей свободы становится привлекательным для регулирования электронной коммуникации[705] или экспортируется на европейский уровень. Оговоримся, однако, что служащая свобода представляет серьезную опасность *для догматики, но не для практики*: принцип соразмерности, в современных условиях позволяющий обосновать любое политическое решение против основных прав на уровне конституционно-правовой проверки допустимости их ограничений, способен обеспечить те же самые результаты, что и идея служащей свободы[706].

Концепция служащей свободы вещания полна и внутренних противоречий: одновременно с необходимостью оформления государством направленного на гарантирование плюрализма позитивного правового порядка она требует как партийно-политического и общественного (Instrumentalisierungsverbot)[707], так и государственного

---

[702] **Критика идеи служащей свободы**, за исключением приведенных аргументов, кристаллизуется в литературе в рамках следующих тематических пунктов. *Во-первых*, за слиянием основного права с его ограничениями скрывается множество нарушенных концепцией служащей свободы иных фундаментальных различений: государства и общества, осуществления личной свободы и отправления государственной власти, прав и обязанностей, индивидуально-субъективных прав и компетенций. *Во-вторых*, свобода вещания в силу своей природы, в отличие от, например, права собственности, не нуждается в законодательном оформлении, которого требует идея служащей свободы. *В-третьих*, идея служащей свободы нарушает принцип равенства, чрезмерно защищая общественное вещание в ущерб частному. *В-четвертых*, идея служащей свободы чужда как буквальному прочтению текста Основного закона, так и дискуссиям о нем в заседаниях Парламентского совета. *В-пятых,* концепция служащей свободы внешне противоречит современным европейским стандартам свободы выражения мнения. См.: Hartmann, B. Dienende Freiheit – notwendige Verstärkung oder widersprüchliche Beschränkung subjektiver Rechte? // JuristenZeitung. 2016. №1. S. 18-26; Hain, KE. Verfassungsrecht. Op. cit. Rn. 122-131.

[703] **Смешение (или плюрализация) концепций свободы** вызывает в системе прав человека противоречия, под давлением которых догматика перестает оказывать свое дисциплинирующее воздействие. Особенно опасно, что *конструкция свободы вещания может быть произвольно распространена и на другие основные права*, изначально мыслившиеся как догосударственные и не нуждающиеся в законодательной конкретизации. См. в этом направлении: Krebs, W. §31. Rechtliche und reale Freiheit // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Bd. 2. Rn 1-10. Напомним, что мы исходим из недостаточности одного лишь негативного аспекта свободы; опасность, на наш взгляд, состоит в их *смешении в рамках конституционно-судебной и законодательной реинтерпретации основных прав*. Позитивный аспект свободы должен гарантироваться политическим решением парламентского законодателя отдельно от негативного компонента, закрепленного на уровне основных прав. Разумеется, это не решит проблему чрезмерного ограничения или умаления прав человека, но сделает подобный процесс более транспарентным: граждане через своих представителей смогут оценить, направлена ли та или иная законодательная мера на гарантирование их позитивной свободы или же она призвана сократить ее негативный аспект.

[704] См. критически в этом направлении: Hartmann, B. Op. cit. S. 22; Hain, KE. Verfassungsrecht. Op. cit. Rn. 125.

[705] Одобрительно см.: Korte, S. Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit in Zeiten medialer Konvergenz // Archiv des öffentlichen Rechts. 2014. Vol. 139(3). S. 384-419.

[706] Если концепция служащей свободы корректирует сферу защиты или пределы свободы вещания, адаптируя их к целям коммуникационной политики (например, для обоснования института общественного вещания или других требований по гарантированию плюрализма), то принцип соразмерности позволяет добиться тех же самых результатов на более конкретизированном уровне – при проверке допустимости ограничений свободы вещания.

[707] См.: BVerfGE 136, 09 (36); BVerfGE 12, 205 (262).

невмешательства (Staatsferne или в усиленном виде – Staatsfreiheit) в вещательную сферу, в том числе и в отношении законодателя[708]. Попытка примирить эти разнонаправленные принципы посредством ориентации государственного гарантирования на институционально-структурные элементы вещательной системы при запрете вмешательства в содержание программ убеждает только в теории; на практике же между институциональным оформлением вещательной системы и производимым ей контентом существуют сложные взаимозависимости.

На этом поле противоречий появляются благоприятные условия для конституционно-судебного активизма. Несмотря на то, что ФКС с начала своей практики по вещанию неизменно повторяет тезис о свободе земельного законодателя в оформлении открытой новым интерпретациям свободы вещания[709], на практике суд в столь глубоких деталях проработал этот сектор коммуникационного порядка, что *законодательная дискреция по оформлению немецкой модели вещания во всех принципиальных вопросах полностью нейтрализована*, в связи с чем возможность *системной вещательной реформы практически отсутствует*[710], что только способствует эскалации в Германии конституционного кризиса. Вытеснение *земельного* законодателя из вещательной сферы *в пользу ФКС и межрегионально организованной исполнительной власти*[711], однако, ведет не только к нарушению принципов демократии и правового государства, в особенности в аспекте разделения властей, но и подрывает федеративные начала. Так, ФКС, ссылаясь на свободу вещания, *фактически лишил ландтаги влияния на финансирование общественных*

---

[708] См.: Bethge, H. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 96-98.

[709] «[…] Как законодатель будет выполнять задачу [по оформлению позитивного правового порядка, способствующего реализации свободы вещания], является предметом его собственного решения. Основной закон не предписывает ему никакую определенную форму организации вещания. Речь идет только о том, чтобы гарантировать свободное, обширное и правдивое образование мнений и избежать нарушений и неблагоприятного развития». См.: BVerfGE 57, 295 (321-322); в этом же направлении: BVerfGE 73, 118 (153). «Оформление [позитивного правового порядка] является задачей законодателя, который при этом обладает широкой дискрецией, в том числе в отношении дифференцирования способа и интенсивности правового регулирования». BVerfGE 158, 389 (417).

[710] **«Сверхконституционлизация» (Überkonstitutionalisierung) вещательного сектора** достигается двумя путями. *Во-первых*, в результате непосредственного участия ФКС в контурировании мелких подробностей вещательного порядка. За период с 1961 по 2021 годы были приняты *16 объемных базовых постановлений ФКС*, посвященных вопросам оформления вещательного порядка от основ и принципов взаимодействия институтов общественного и частного вещания до деталей корпоративного управления, внутренней организации, финансирования и надзора, в том числе с учетом федеративного аспекта. См. обзор решений ФКС по вещанию: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 45-49; Grabenwarter, C. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 539-553. *Во-вторых*, посредством тесного переплетения земельного регулирования и многолетней практики ФКС по вещанию: их взаимозависимость и взаимообусловленность, как отмечается, фиксируют институциональный дизайн модели вещания, способствуя возникновению «эффекта колеи». См.: Cornils. M. §120. Rundfunkfreiheit. Op. cit. Rn. 54-55. Дегенхарт дополнительно подчеркивает сужение дискреции законодателя в связи с допуском на рынок частных вещателей и установлением дуальной системы вещания. См.: Degenhart, C. §105. Rundfunkfreiheit // Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Bd. 4. Rn. 45-46.

[711] См. в этом направлении: Eifert, M. Medienföderalismus – verfassungsrechtliche Probleme der Zuständigkeitsparzellierung im Kommunikationsraum // Eifert, M., Gostomzyk, T. (Hrsg.) Medienföderalismus. Föderale Spannungslagen und Lösungsansätze in der Medienregulierung. Nomos: Baden-Baden, 2018. S. 7-23.

вещателей[712]. Сложно найти более яркий пример блокирования *демократической* и *федеративной* коммуникационной политики посредством объективно-правовой инструментализации основных прав.

Особый конституционно-правовой режим регулирования вещания, сформированный под эгидой служащей свободы, крайне проблематично обосновать с помощью *«неполитических» аргументов*. Хронологически первый тезис ФКС об особой ситуации в сфере вещания (Sondersituation des Rundfunks), вызванной техническим дефицитом частот и ведущими к нерентабельности высокими расходами на организацию вещания[713], изначально будучи спорным, в свете современного технологического развития полностью утратил актуальность[714]. Аргумент суда о неспособности свободного рынка гарантировать плюрализм в сфере коммуникации[715] является хотя и неполным, но *принципиально верным*, однако, как показано выше, его *последовательное* применение потребовало бы распространения модели регулирования вещания на прессу и информационные агентства[716]. Поскольку этого не происходит, видеть в нем истинную мотивацию суда было бы неверно. Ближе к истине оказывается основанный на исследованиях медиаэффектов аргумент ФКС о *широком охвате, актуальности и убедительной силе* вещания[717], требующих более интенсивного регулирования, однако и он применяется непоследовательно, в особенности в

---

[712] **В 16-ом базовом решении по вещанию, принятом в 2021 году,** суд установил, что отдельная федеральная земля *не может не одобрить* предложенное комиссией по установлению финансовых потребностей общественных вещателей (Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten, KEF) повышение вещательного взноса, являющегося основным источником дохода общественного вещания. Отклонение повышения вещательного взноса, по мнению суда, с конституционно-правовой точки зрения допустимо только в случае *единогласного отказа от повышения вещательного взноса всех федеральных земель* и *при условии указания и обоснования уважительной причины – если указанное повышение создает слишком сильную финансовую нагрузку на плательщиков* и потому затрудняет им доступ к информации. На практике доказать это едва ли возможно: от законодателя ФКС требует приведения конкретных данных в обоснование сложного финансового положения плательщиков, не допускаются аргументы общеполитического характера. С учетом того, что в законодательстве уже закреплены льготы для разных категорий финансово незащищенных граждан, ландтаг попадает в ловушку: как можно в целом отклонить повышение вещательного взноса из-за излишнего финансового давления на население, если имеется правовой инструментарий для облегчения материального положения его конкретных категорий? Кроме того, и необходимость единогласия делает вероятность отказа исключительно теоретической. Исследователи справедливо утверждают, что ФКС таким образом *свел значение несущих политическую ответственность за повышение вещательного взноса парламентов федеральных земель к роли административных органов, обязанных законодательно подтверждать одобренное KEF повышение вещательного взноса* (gebundene Entscheidung). Невыполнение ландтагами этой обязанности, согласно позиции суда, является нарушением конституционной свободы вещания. Иными словами, говоря о «федеративном ответственном сообществе» (föderale Verantwortungsgemeinschaft) федеральных земель, *коллективно* (суд использует слово «кооперативно») несущих ответственность за реализацию свободы вещания на национальном уровне путем обеспечения надлежащего финансирования института общественного вещания, *суд поставил этот институт выше принципа федерализма*. См.: BVerfGE 158, 389 (414-417, 427); Cornils M., Dietrich, N. Die Festsetzung des Rundfunkbeitrags als “gebundene Entscheidung“ // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2021. №10. S. 810-811; критика в юридической прессе: Rath, C. Sachsen-Anhalt verliert Vetorecht. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr275620-rundfunkbeitrag-erhoehung-verfassungsbeschwerde-art-5-gg-streit-sachsen-anhalt (accessed: 01.11.2023); Leidet das Verfahren an einem "Demokratieproblem"? Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-1bvr275620-erhoehung-rundfunkbeitrag-sachsen-anhalt-reaktionen-rundfunkfreiheit (accessed: 01.11.2023).

[713] См.: BVerfGE 12, 205 (261).

[714] См.: Cornils. M. §120. Rundfunkfreiheit. Op. cit. Rn. 44-45.

[715] См.: BVerfGE 119, 181 (215-216); BVerfGE 136, 09 (29).

[716] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 85.

[717] См.: BVerfGE 90, 60 (87).

свете если не полной доминантности, то увеличения влияния на формирование общественного мнения интернет-коммуникации, не подчиненной модели регулирования вещания[718].

В литературе справедливо подчеркивается, что особое регулирование вещания вызвано *исключительно историко-политическими причинами*[719]. Действительно, ФКС вынужден был заниматься *не созданием, а конституционно-правовой легализацией* крайне ограничительного обычного вещательного законодательства, сформированного по настоянию западных союзников еще до провозглашения Боннской республики. Воля последних заключалась в том, чтобы *«вещание не принадлежало никому»*[720]: с одной стороны, определять его судьбу было запрещено немецкому государству, что дополнительно усиливалось переносом вещания в компетенцию федеральных земель, с другой стороны, национальная индустрия не должна была получить возможность конвертировать с его помощью свою экономическую власть в политическую, а также иным социальным группам запрещалось установление над ним контроля. Именно в связи с этими ограничениями немецкого суверенитета появился оригинальный для страны, ориентированный на британский образец институт общественного вещания, монопольное положение которого требовало конституционно-правовой фиксации в концепции служащей свободы вещания[721].

Дуальная система вещания, установившаяся в результате допуска на рынок частных вещателей в 1980-х годах спустя почти 40 лет безраздельного господства общественного вещания, *не восполнила, а скорее усилила дефицит суверенитета*. Немецкий частный рынок вещания с национальным охватом, как и рынок прессы, не являлся и не является конкурентным. Он *зависит от двух крупнейших игроков – доминантной* международной группы под управлением фонда Bertelsmann и *субдоминантой* ProSiebenSat.1 Media, встроенных в *трансатлантические* и *трансъевропейские* сети власти соответственно[722].

---

[718] **Исследование земельных медиарегуляторов** о значимости отдельных медиа для формирования общественного мнения в стране (Mediengewichtungsstudie) указывает на ключевую роль интернет-коммуникации (35,3% – потенциальное значение, основанное на статистике ежедневного использования медиа для информационных целей и оценке его субъективной значимости). За ним следуют ослабившие свои позиции телевидение (потенциальное значение 28,3%) и радио (потенциальное значение 17,1%). Наименьшее влияние имеют газеты (потенциальное значение 15,5%) и журналы (потенциальное значение 3,8%). См. подробнее: Mediengewichtungsstudie. URL: https://www.die-medienanstalten.de/forschung/mediengewichtungsstudie/ (accessed: 01.09.2024).

[719] См.: Hartmann, B. Op. cit. S. 24.

[720] См.: Donaubauer, S. Geschichte und Fernsehen 1964-2004: 40 Jahre Geschichte im Bayerischen Fernsehen. Dissertation, LMU München: Faculty of History and the Arts. 2011. S. 175. URL: https://edoc.ub.uni-muenchen.de/17108/ (accessed: 01.09.2024).

[721] См. в этом направлении: Schuler-Harms, M. §25. Medienverfassung. Op. cit. Rn. 9-13.

[722] **Bertelsmann** контролирует крупнейшую на рынке вещания с национальным охватом частную группу RTL (Radio Télévision Luxembourg), которая имеет долю телезрителей около 22%. С учетом кроссмедиальной деятельности концерна, охватывающей не только вещание, но и онлайн-медиасектор, радио и печатную прессу, его доля на рынке общественного мнения ФРГ составляет 11%. Центр тяжести Bertelsmann находится за пределами Германии: две трети своего оборота группа получает на международных рынках, в особенности во Франции, США и Британии. В послевоенной Германии медиаконцерн осуществлял свою издательскую деятельность с 1946 года на основе лицензии, выданной британской военной администрацией. **ProSiebenSat.1 Media** на рынке частного национального вещания занимает долю телезрителей в 14,2%, на рынке общественного мнения Германии – 5,1%. После череды финансовых

Отношения между двумя этими полюсами не характеризуются соперничеством, скорее речь идет о *сосуществовании*[723]; в этих условиях контроль за концентрацией теряет всякий смысл. Более того, взаимодействие частного вещания с общественным при почти неограниченных финансовых возможностях последнего порождает массу дополнительных *искажений конкуренции*[724]. Отметим также, что в отношении частного вещания существуют сходные с обязательствами журналистской добросовестности прессы, но более строгие и одновременно с этим более размытые стандарты объективности и плюралистичности[725], которые создают для частных вещателей дополнительные издержки, если они выходят за пределы развлечения публики и некритичного воспроизведения официальной информации, включаясь в социальную критику или политическую борьбу.

Таким образом, *экономическим и политическом центром дуальной системы является институт общественного вещания* – система телеканалов и радиостанций регионального и национального значения, выполняющих публичную задачу по снабжению населения качественной разнообразной информацией, защищенных обширными конституционно-правовыми гарантиями от чрезмерного государственного и общественного влияния в программном и организационном аспектах, организованных на основе принципа

трудностей и смены владельцев ProSiebenSat.1 Media, вероятно, перейдет под контроль группы MFE (MediaForEurope N.V.), связанной с семьей Берлускони. ProSiebenSat.1 Media активен в Италии и Испании, однако 84% оборота концерна приходятся на Германию, Австрию и Швейцарию и лишь 14% на США. Переход ProSiebenSat.1 Media под контроль Пьера Сильвио Берлускони связывается с планами создания общеевропейского медиаконцерна, способного составить конкуренцию американским гигантам потокового вещания. См.: Medienvielfaltsmonitor 2024. URL: https://www.die-medienanstalten.de/forschung/medienvielfaltsmonitor/ (accessed 01.09.2025); Achter Konzentrationsbericht (2025). Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK). S. 127-147. URL: https://www.kek-online.de/publikationen/medienkonzentrationsberichte/achter-konzentrationsbericht-2025/ (accessed 01.09.2025).

[723] См. в этом направлении: Dussel, K. Deutsche Rundfunkgeschichte. 2. Aufl. Konstanz: UVK, 2004. S. 269-280.

[724] **Противоречия в дуальной системе.** Совокупная доля Bertelsmann и ProSiebenSat.1 Media на рынке вещания с национальным охватом составляет около 36,2%, а доля на нем общественного вещания – 52,3%. **Итак, около 89% национального рынка вещания распределено между тремя крупными игроками**. Этим же трем игрокам принадлежит около 43,8% всего рынка общественного мнения ФРГ с учетом вещания, интернет-сектора, радио и печатной прессы. Оговоримся, что в рамках системы общественного вещания имеется незначительная конкуренция (например, между ARD и ZDF), но политически, в особенности с учетом текущей реформы общественного вещания, направленной на его централизацию, верно исходить из того, что этот институт действует на рынке как *консолидированный субъект*. См.: Medienvielfaltsmonitor 2024. Op. cit; Achter Konzentrationsbericht (2025). Op. cit. S. 120. С экономической точки зрения взаимодействие между общественными и частными вещателями в дуальной системе напоминает порочный круг: *ФКС обосновывает необходимость общественного вещания недостатками конкуренции и качества контента, производимого в частном вещательном секторе, которые, в свою очередь, являются следствиями существования института общественного вещания*. См. подробнее: Beck, H., Beyer, A. Öffentlich-Rechtlicher Rundfunk in der Krise: Reformbedarf und Reformoptionen // Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft. Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2013. S.221-252; Knorr, A., Winkler, K. Die duale Rundfunkordnung in der Kritik // Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft. Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2000. S. 317-354.

[725] См., например: §59, MStV (абзац 1: «В частном вещании в существенных аспектах должно быть содержательно отражено многообразие мнений. Значимые политические, мировоззренческие и общественные силы и группы должны быть соразмерно представлены в вещательных программах; мнения меньшинств должны учитываться […]».); §51, MStV (абзац 2: «Вещательные программы должны способствовать отражению многообразия в немецкоязычном и европейском пространстве, внося соразмерный вклад в информационном, культурном и образовательном аспектах […]».); Art. 4, BayMG (абзац 1: «Распространяемые в Баварии в соответствии с настоящим законом вещательные программы в их общей совокупности способствуют информированию, образованию, культуре и развлечению и должны предоставлять слово значимым политическим, мировоззренческим и общественным группам. […] Общая совокупность вещательных программ в рамках области распространения не должна отдавать одностороннее предпочтение какой-либо партии, группе интересов или мировоззрению.).

внутреннего плюрализма в целях обеспечения представительства значимых общественных сил и финансируемых из публичных средств по специальной процедуре, гарантирующей им стабильное существование и развитие[726].

Насколько идея общественного вещания как более демократичная альтернатива рыночной организации вещательной сферы достойна поддержки с конституционно-правовых позиций, настолько же *ее реализация в Германии* заслуживает критики. Немецкое общественное вещание по справедливому признанию многих ученых, политиков и широких слоев населения является *дисфункциональным институтом*[727]. Парадоксально, что гарантии независимости от государства не препятствуют его политической инструментализации, но при этом из-за *неопределенности функции общественного вещания* мешают контролировать эффективность и прозрачность работы института[728]. Отдельный блок проблем образует финансирование общественного вещания: во-первых, взимаемый с населения вещательный взнос (Rundfunkbeitrag) в действительности является *скрытым налогом* и потому не соответствует Основному закону[729], во-вторых, как уже отмечалось, процесс определения финансовых потребностей общественного вещания неподконтролен земельному законодателю, в-третьих, вопросы вызывает активная коммерческая

---

[726] **Модель общественного вещания Германии** с учетом междисциплинарного историко-политического контекста, аспектов правового статуса, финансирования и внутренней организации, конституционализированных в мелких деталях в результате практики ФКС, мы проанализировали в научной статье по теме настоящего исследования, см.: Короткевич М.А. Модель общественного вещания Германии: конституционно-правовой аспект // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2023. Т. 64, № 2. С. 100–128. Далее в работе следуют лишь проблемно-критические замечания, касающиеся функционирования этого института; основные черты модели общественного вещания приводятся в указанной статье.

[727] **Критика общественного вещания.** Гражданское общество организовало объемную базу знаний, включающую не только информацию о фактических злоупотреблениях, но и анализ критических экспертных и научных подходов по тематике общественного вещания. См.: Ständige Publikumskonferenz der öffentlich-rechtlichen Medien e.V. URL: https://publikumskonferenz.de/ (accessed: 18.12.2022); Leuchtturm ARD. URL: https://leuchtturmard.de/ (accessed: 18.12.2022); URL: https://gez-boykott.de/ (accessed: 18.12.2022); URL: https://rundfunk-frei.de/ (accessed: 18.12.2022).

[728] **Неопределенность функции общественного вещания**. ФКС в своей практике предельно абстрактно обозначает контуры функции общественного вещания, возлагая основную задачу по ее конкретизации на законодателя. Предполагается, что названная функция должна быть уточнена сначала в государственном договоре в сфере медиа, а затем и в земельных законах об общественном вещании. *Однако, принципы независимости вещания от государства и программной автономии делают процесс конкретизации этой функции невозможным*: любая попытка законодателя как-либо ограничить сферу деятельности общественного вещателя несет в себе скрытый потенциал недопустимого государственного вмешательства в свободу вещания. На практике это ведет к предельно размытым формулировкам о функции общественного вещания в обычном законодательстве (см. §26, MStV). В практической плоскости правовая неопределённость позволяет общественным вещателям избегать ответственности за качество, тематику и политическую тенденциозность контента; без явных ограничений конкурировать с частным бизнесом не только в сфере классического вещания, но и в Интернете; обеспечивать себе сверхфинансирование, поскольку ФКС снабдил общественное вещание финансовой гарантией. См.: §2-3a, Gesetz über den Hessischen Rundfunk vom 2. Oktober 1948, das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. November 2022 (GVBl. S. 606) geändert worden ist; Art. 1-4, Bayerisches Rundfunkgesetz (BayRG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2003 (GVBl. S. 792, BayRS 2251-1-S), das zuletzt durch Gesetz vom 24. Juli 2023 (GVBl. S. 448) geändert worden ist; Cornils. M. §120. Rundfunkfreiheit. Op. cit. Rn. 62-95.

[729] См.: Korioth, K. Gut gemeint, doch schlecht gemacht: Die neue Rundfunkabgabe ist verfassungswidrig! // Deutsches Steuerrecht. 2013. №17. S. 833-838.

деятельность общественных вещателей, конфликтующая с обосновывающей их существование нерыночной логикой[730].

При этом общественное вещание остается *неподконтрольным и самому обществу*. С одной стороны, легитимирующий существование института как гарантии плюрализма вещательный совет (Rundfunkrat), состоящий из представителей различных общественных групп, не имеет существенного правового и фактического влияния на оперативное управление общественным вещателем. Полномочия последнего ограничиваются, как правило, избранием на пятилетний срок директора общественного вещателя (Intendant). В свою очередь, именно директор как главный исполнительный орган и самый сильный игрок в корпоративной структуре, непосредственно управляющий организацией и реализующий от имени общественного вещателя конституционную свободу вещания, имеет право формирования программы (Programmfreiheit), составляющее смысловое ядро свободы вещания[731]. С другой стороны, формирование вещательных советов производится ландтагами без каких-либо критериев и ограничений из общественных формирований, которые зачастую сами финансируются либо политическими фондами, либо непосредственно получают гранты от государства, то есть интегрированы в немецкую партийно-государственную систему распределения материальных благ за политическую лояльность. Кроме того, ФКС и обычное законодательство допускают членство в

---

[730] Согласно расчетам KEF в период с 2021 по 2024 год общественные вещатели имели право получить от рекламы около 1,1 миллиарда евро, с 2025 по 2028 год – также 1,1 миллиарда евро. Забирая долю рекламодателей с рынка, общественное вещание вызывает серьезные проблемы с финансированием у частных вещателей, для которых, согласно мнению ФКС, реклама должна являться основным источником дохода. См.: 23. Bericht. KEF. S. 241. URL: https://kef-online.de/fileadmin/KEF/Dateien/Berichte/23._Bericht.pdf (accessed: 18.12.2022); 24. Bericht. KEF. S. 193. URL: https://kef-online.de/fileadmin/kef/Dateien/Berichte/24._KEF-Bericht.pdf (accessed: 18.12.2024).

[731] **Проблема взаимоотношений между слабым вещательным советом и сильным директором** приобретает конституционно-правовое значение, прежде всего, потому что по линии *вещательный совет – директор* должны передаваться для реализации плюралистические импульсы от представителей заседающих в совете общественных формирований. *Парадоксально, но при действующей модели общественного вещания это едва ли возможно, потому что вещательный совет не имеет полномочий по обязательному для директора определению программы общественного вещателя*; он не вправе давать обязательные указания директору, например, подготовить ту или иную телепередачу или информировать общественность об определенном событии. Пожелания вещательного совета не игнорировать определённый исторический или политический контекст рассматриваемой в телепередаче проблемы, не являются для директора обязательными. Однако, здесь появляется дилемма: обстоятельство, что вещательные советы представляют немецкое общество, не означает само по себе, что их члены обладают достаточными профессиональными навыками для того, чтобы решать вопрос о качестве создаваемого общественным вещателем журналистского материала; на это обращает внимание и ФКС, подчеркивая, что образование вещательных советов в структуре общественных вещателей *не преследует цель передать им профессиональное управление институтом*, а направлено скорее на надзор за последним. Но полномочия вещательного совета не позволяют делать и это. Так, разрабатываемые вещательным советом принципы работы общественного вещателя (Programmrichtlinien), как правило, содержат предельно абстрактные, непроверяемые формулировки. См.: BVerfGE 136, 09 (31-32); Art. 5, 12, BayRG; Lindschau, J. Die Notwendigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: eine Analyse seiner Existenzberechtigung im Spannungsfeld zwischen Bestandsgarantie und Verzichtbarkeit. Berlin: Duncker & Humblot, 2007. S. 75-80; Richtlinien für die Programme und Telemedienangebote des Bayerischen Rundfunks (Beschluss des Rundfunkrats vom 22. Juli 2024). URL: https://www.br.de/unternehmen/inhalt/organisation/rundfunkrat/richtlinien-programme-telemedienangebote-100.html (accessed: 29.08.2024); §19-28, ZDF-Staatsvertrag vom 31. August 1991, in der Fassung des Staatsvertrages zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland in Kraft seit 7. November 2020. URL: https://www.zdf.de/assets/grundlagen-zdf-staatsvertrag-102~original (accessed: 29.08.2024).

вещательных советах представителей ландтагов, земельных правительств и других лиц, выполняющих властные функции, что у конституционалистов вызывает наибольшее количество вопросов. В 2014 году эта проблема стала предметом рассмотрения ФКС: и хотя суд ограничил общее количество близких к государству лиц в вещательном совете одной третью его списочного состава, аргументы, изложенные в особом мнении судьи ФКС Андреаса Паулуса (Andreas Paulus), убеждают в том, что нахождение в вещательном совете обладающих сильным аппаратным весом *представителей исполнительной власти* ведет к образованию *лишь двух неформальных групп по партийно-политическому признаку* (Freundeskreise), в то время как остальные, не обладающие доступом к административному ресурсу члены вещательного совета, попадают под их влияние[732]. В сущности, на примере дисбаланса сил членов вещательного совета проявляется важнейший недостаток плюралистической демократии, против которого у ее теоретиков до сих пор нет убедительных аргументов: неравенство плюралистических групп в доступе к ресурсам для организации и продвижения интересов делает разнообразие общественных формирований скорее имитационным, чем способным оказать реальное влияние на политику[733].

Неподотчетный полностью ни государству, ни обществу институт общественного вещания подвергается инструментализации *партийно-политической олигархией* (Parteienoligarchie), стремящейся включить в сферу собственного влияния как государственные, так и общественные институты[734]. Одним из важнейших следствий этого

---

[732] **В своем особом мнении судья ФКС Андреас Паулус** отмечает, что нахождение даже одного представителя исполнительной власти в вещательном совете *подрывает принцип независимости общественного вещания от государства*; при этом судья допускает членство в вещательных советах представителей ландтагов и партий в силу их опосредованной вовлеченности в принятие государственно-значимых решений. Паулус полагает, что ФКС, допустив членство представителей исполнительной власти в вещательном совете со ссылкой на их вклад в гарантирование многообразия мнений, *превратил государственную власть из угрозы в гарантию плюрализма*. Судья указывает на ставшие известными в том числе в результате слушаний факты о том, что принятие решений в структурах общественного вещания осуществляется *в двух неформальных группах, образованных по партийному-политическому принципу*; последние работают, разумеется, непублично; при этом вещательный совет как институт является скорее формальностью. Практически все члены вещательных советов через интересы своих общественных организаций связаны с той или иной политической группировкой, поэтому они примыкают к одному из существующих неформальных объединений. Такая биполярная структура, по мнению судьи, не соответствует идее плюрализма, обосновывающей существование общественного вещания. Иными словами, в вещательных советах наличествует *дисбаланс влияния между членами*. Например, наряду с представителем союза молодёжи членом вещательного совета может являться и министр-президент федеральной земли или министр информации соответствующего регионального правительства. *Судья Паулус констатирует, что несмотря на объёмную многолетнюю практику ФКС по свободе вещания, реальная независимость общественного вещания от государства так и не была достигнута.* См.: Abweichende Meinung des Richters Paulus zum Urteil des Ersten Senats vom 25. März 2014. BVerfGE 136, 09 (60-68).

[733] См. в этом направлении: Schmidt, M. Demokratietheorien: eine Einführung. Op. cit. S. 213.

[734] Причины для подобного словоупотребления дает неустаревающая книга Карла Ясперса. См.: Jaspers, K. Wohin treibt die Bundesrepublik? Tatsachen, Gefahren, Chancen. München: Piper; 1966. Формирование вещательных советов является актуальным примером распределения постов в зависимости от партийно-политических связей и лояльности. **Современные исследования подтверждают, что формирование вещательных советов не учитывает плюрализм немецкого общества**. В среднем в вещательных советах общественных вещателей 42% членов связаны с какой-либо из политических партий (на национальном общественном вещателе ZDF, национальном радио Deutschlandradio, а также в Баварии (Bayerischen Rundfunk), Бадене-Вюртемберге и Рейнланде-Пфальце (объединенный общественный вещатель Südwestrundfunk) – более 50%). В административных советах общественных вещателей, в отличие от вещательных советов, обладающих, как правило, более мощными финансовыми и управленческими полномочиями, средний уровень

является *нарушение запрета совпадения в государстве и адресата, и носителя основных прав* (Konfusionsargument)[735]: в отсутствие эффективных гарантий независимости от государства общественные вещатели как юридические лица публичного права ссылаются в своих конституционных жалобах на коммуникационные свободы для обеспечения интересов неформальных элитных групп, в свою очередь, тесно связанных с государством, а ФКС обеспечивает их реализацию за счет ограничения свобод подлинных носителей основных прав – граждан страны[736]. Иными словами, *политически обусловленный компетенционный спор трансформируется в вопрос интерпретации основных прав с негативными последствиями для их классической индивидуально-субъективной стороны*. Имея в виду этот пример, сложно представить более убедительный довод за сохранение дуализма государства и общества при оформлении медиапорядка и против вуалирования коммуникационной политики основными правами.

Дисфункциональность общественного вещания побудила законодателя к проведению системной реформы; начавшись в 2024 году, она остается незавершенной. С учетом опубликованных научных, экспертных и законопроектных материалов, однако, можно выделить три ее главных направления: во-первых, *централизация регулирования и управления* общественным вещанием, в том числе его цифровой инфраструктурой, во-вторых, *деполитизация и депарламентаризация* общественного вещания, в-третьих, *нейтрализация конституционно-правовых гарантий независимости* общественного вещания, прежде всего, связанных с финансированием и внутренней организацией[737].

связанности с политическими партиями составляет 53% (на национальном общественном вещателе ZDF – 83%, общественном вещателе Гессена (Hessischer Rundfunk) – 67%). *Таким образом, нарушается позиция ФКС о допустимой квоте в одну треть близких к государству представителей в органах управления общественных вещателей* (BVerfGE 136, 09). См. подробнее, в том числе о методике подсчета: Stawowy, P. Im öffentlichen Auftrag. Zusammensetzung und Arbeitsweise der öffentlich-rechtlichen Rundfunkgremien. Otto Brenner Stiftung, 2025. URL: https://www.otto-brenner-stiftung.de/arbeitsweise-oeffentlich-rechtliche-rundfunkgremien/ (accessed: 27.06.2025).

[735] Отметим, что строгое соблюдение **Konfusionsargument** на современном этапе, в условиях размытия дуализма государства и общества, становится невозможным. Представляется, что из этого исходит и сам ФКС, несколько релятивируя значение запрета, но полностью не отказываясь от него. См.: BVerfGE 143, 246. Более радикальная позиция представлена в ориентированной на конституционализм и плюралистическую теорию литературе, где указанный запрет презентуется как устаревший. Так, с усилением опосредованного действия основных прав между частными лицами применение Konfusionsargument со стороны ФКС считается непоследовательным: если в отношении юридических лиц публичного права этот запрет действует более строго, то почему он не признается в отношении частных лиц, которые в условиях опосредованного действия основных прав между частными лицами также могут выступать и адресатами, и носителями основных прав (см.: BVerfGE 148, 267)? Обзор приводится по: Muckel, S. Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft // Sacksofsky, U. (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht, Berlin, Boston: De Gruyter, 2020. S. 253-256.

[736] Так, например, по конституционным жалобам общественных вещателей на нарушение вытекающего из свободы вещания права требовать достаточного финансирования ФКС неоднократно принимал решения, удовлетворяющие их финансовые интересы за счет плательщиков вещательного взноса. См., например: BVerfGE 119, 181; BVerfGE 158, 389. В 2024 году общественные вещатели вновь обратились в ФКС с аналогичной конституционной жалобой, стремясь гарантировать себе дополнительное финансирование несмотря на отсутствие политического решения обладающих соответствующей компетенцией федеральных земель. См.: FAQ: Verfassungsbeschwerde der ARD zur Rundfunkfinanzierung. URL: https://www.ard.de/die-ard/FAQ-ARD-ruft-das-Bundesverfassungsgericht-an-100.pdf (accessed: 27.06.2025).

[737] Текущая реформа общественного вещания в Германии стала предметом нашего рассмотрения в рамках научной статьи по теме исследования. См. подробнее: Короткевич, М.А. Текущая реформа общественного вещания в Германии как конституционно-правовая проблема // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2024. № 3. С.

Названные тренды демонстрируют, что *реформа не решает, а скорее усугубляет* очерченные выше конституционно-правовые проблемы общественного вещания. Более того, если она будет воплощена в реальность в текущем виде, это приведет к отказу от принципов *децентрализации* и *независимости от государства* – несущих конструкций послевоенного коммуникационного порядка Германии, многократно отраженных в практике ФКС. Суд окажется перед непростым выбором: отказаться от своих прошлых постановлений по вещанию под предлогом новых обстоятельств или спровоцировать конституционный кризис, продолжая защищать статус-кво.

Подводя итог анализа функционализации свободы вещания как служащей свободы, отметим наибольшую враждебность этой концепции как правочеловеческой догматике, так и закрепленному в Основном законе компетенционному порядку. Конституционно-судебный активизм, отсутствие границ юридической интерпретации и излишняя конституционно-правовая фиксация предопределенной западными союзниками коммуникационной политики на примере функционализированной свободы вещания приобретают характер *хрестоматийных недостатков*. Даже если предположить, что цель гарантирования плюрализма вне рыночной логики оправдывает такое средство по ее достижению, дисфункциональность института общественного вещания на практике ведет к еще большему устранению плюрализма, чем организация вещания на рыночных принципах. При этом если от противоречащей Основному закону идеи служащей свободы вещания необходимо отказаться, то ее главный носитель – институт общественного вещания – следует сохранить под условием его возвращения в зону политической ответственности парламентского законодателя.

11. Функционализация коммуникационных свобод чаще всего критически обсуждается в контексте *будущего развития немецкого коммуникационного порядка*. Объективно наблюдаемая трансформация коммуникационной сферы в результате *конвергенций*, *появления новых акторов* и *возрастающей динамики* становится испытанием для нормативной модели, появившейся в первые послевоенные десятилетия[738]: кратно

168-187. См. также актуальные материалы по теме: Bericht des Rates für die zukünftige Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. 2024. S. 5: URL: rundfunkkommission.rlp.de (accessed: 02.02.2024); Binder, R. Optionen und Grenzen einer Strukturreform des öffentlich-rechtlichen Rundfunks // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2022. №12. S. 880–892; Schult, S. Reform der Medienordnung durch Medienänderungsstaatsverträge // Multimedia und Recht. 2023. №10. S. 744-747; Kollenberg, R. Der unabhängige Medienrat: Ein Beitrag zur Diskussion um einen neuen Akteur im künftigen System des öffentlich-rechtlichen Rundfunks // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2025. №1. S. 16-25.

[738] **Техническая конвергенция** предполагает соединение функций нескольких устройств для потребления медиаконтента в одном. Например, функции радио, телевизора и компьютера сегодня могут выполнять мобильные устройства с доступом в Интернет. Это, в свою очередь, ведет к **конвергенции медиа** – слиянию медиаформатов. В результате стираются границы как *между массовой и индивидуальной коммуникацией*, так и *между прессой, теле- и радиовещанием*. В этих условиях появляются новые акторы – медиапосредники, выступающие агрегаторами контента, произведенного третьими лицами. Для отличающего массовую и индивидуальную коммуникацию и ориентированного на разделительные линии классических медиа немецкого медиаправа это представляет серьезное испытание. Подробнее о (конституционно)-правовой релевантности процесса см.: Paschke, M. Medienrecht. Op. cit. S. 1-9.

возросшее многообразие контента заставляет не только задуматься об обоснованности различного подхода к вещанию и прессе, но и поставить общий вопрос о необходимости гарантирования плюрализма с прежней высокой регулятивной интенсивностью.

На последний, стратегический вопрос ФКС уже дал однозначный ответ: *функционализация коммуникационных свобод с целью гарантирования плюрализма будет продолжена и в новых условиях*[739]; обосновать это решение позволяет существование различных измерений плюрализма и едва ли ограниченные возможности их противопоставления: например, если *количественное* многообразие контента достигнуто, всегда можно оправдать вмешательство недостатками его *качества*[740]. В абсолютном меньшинстве как в Европе, так и в Германии остаются те, кто в новых условиях выступает за *дерегулирование коммуникационной сферы*. Это объясняется сосредоточенностью технологических компаний за пределами европейского континента.

На тактическом же уровне определенности пока заметно меньше. С одной стороны, вслед за изменением реальных условий коммуникации наблюдается *нормативная конвергенция* по двум направлениям. Во-первых, *стираются различия между регулированием индивидуальной и массовой коммуникации*, чему особо способствует активность непрофессиональных журналистов – интернет-пользователей[741]. Во-вторых, *сближаются модели регулирования вещания и прессы*[742]. Особую роль в разрушении дуализма вещания и прессы играют медиапосредники, функции и роль которых в публичном дискурсе с трудом возможно соотнести с этими классическими моделями[743]. С другой стороны, упомянутая нормативная конвергенция имеет *незавершенный характер*: ФКС с большой осторожностью изменяет проторенные дороги; не в последнюю очередь на консервативность суда влияет существование института общественного вещания – главной причины дуализма в медиарегулировании.

Нормативная конвергенция, пусть и не доведенная до завершения, сглаживает различия между объективно-правовым и индивидуально-субъективным измерениями коммуникационных свобод. При этом их объективно-правовое содержание не исчезает, а ситуативно проявляется в многообразии аргументов для взвешивания в рамках классической догматики, основанной на категории вмешательства в основное право. Иными словами,

---

[739] С точки зрения гарантирования плюрализма ФКС оценивает технологическое развитие пессимистично: цифровизация, согласно его прогнозу, будет способствовать усилению недостатков рыночной организации коммуникационной сферы, а интернет-пользователи столкнутся с дефицитом качественной журналистики, обеспечивающей профессиональную селекцию многообразной информации. В этих условиях необходимость общественного вещания будет лишь возрастать. См.: BVerfGE 149, 222 (261-262); в этом же направлении см.: Schuler-Harms, M. §25. Medienverfassung. Op. cit. Rn. 101-104.

[740] См.: Schuler-Harms, M. §25. Medienverfassung. Op. cit. Rn. 85-89.

[741] Ibid. Rn. 79, 80; Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 10-11; Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 57-58.

[742] См.: Schuler-Harms, M. §25. Medienverfassung. Op. cit. Rn. 118-119; Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 85.

[743] В конституционно-правовой литературе медиапосредники уже выделяются в одном ряду с вещанием и прессой. См., например: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 99d-99f.

функционализация коммуникационных свобод приобретает *скрытый*, *казуистичный* и *точечный* характер. Опасность этого тренда заключается в *полном коммуникационном децизионизме* – возможности обосновать самые непоследовательные медиаполитические решения при помощи взвешивания коммуникационных основных прав-принципов, содержание которых по-разному проявляется в каждом конкретном случае.

В компетенционном аспекте будущий коммуникационный порядок ФРГ стремится к *дефедерализации*; особенно этому способствует исчезновение различий между индивидуальной и массовой коммуникацией, влекущее, в свою очередь, сложности разграничения полномочий федерации в *технологической* сфере телекоммуникации и *содержательной* компетенции федеральных земель в области медиарегулирования[744]. В свою очередь, полномочия как центра, так и федеральных земель подвергаются размытию в процессе *европеизации медиарегулирования*; влиянию на немецкий коммуникационный порядок европейской интеграции мы уделяем особо пристальное внимание, поскольку последняя наряду с *объективными изменениями* в технологической сфере является определяющим *политическим фактором* его будущего развития.

12. В завершение нашего во многом критического конституционно-правового анализа коммуникационного порядка Германии уместно привести позитивную программу по его реформированию. Сделаем несколько оговорок. Во-первых, предлагаемые меры направлены не только на *восстановление действия основных прав абзаца 1 статьи 5 Основного закона*, но и с перспективы российского исследователя ориентированы на *возобновление германо-российского диалога*. Впрочем, по нашему убеждению, последнее справедливо считать и следствием первого. Во-вторых, поскольку в настоящей работе отдается предпочтение пониманию конституции как рамочного порядка, последующие весьма общие предложения нейтральны ко множеству политически альтернативных деталей. В-третьих, неслучайно программа представляется до анализа влияния на ФРГ интеграционных процессов: демократический коммуникационный порядок является ядром национальной идентичности и наднациональное сближение не может осуществляться за счет его деформации в ущерб интересам национального государства.

Предлагаемая концепция реформирования коммуникационного порядка Германии включает три уровня: *фактический*, *политический* и *конституционно-правовой*. Первому уровню в силу научной специализации работы уделяется меньше всего внимания; без изменения ситуации на земле, однако, ни политические, ни конституционно-правовые меры не приведут к нужному результату. *На фактическом уровне* необходимо устранить реальные предпосылки дефицита суверенитета ФРГ: во-первых, *ослабить влияние*

[744] См.: Schuler-Harms, M. §25. Medienverfassung. Op. cit. Rn. 118-119; Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 124-127.

трансатлантических сетевых структур, во-вторых, *снизить зависимость от многоуровневой системы европейской власти*, в-третьих, *обеспечить эффективный национальный контроль за территориальными границами и технологическими каналами коммуникации, проходящими по территории страны,* в-четвертых, *гарантировать надежные и выгодные экономические связи,* наконец, в-пятых, *сохранить культурную и политическую гомогенность населения.* При этом важно, чтобы образовавшийся вакуум власти не был заполнен в пользу одного из новых иностранных игроков; фактический контроль за объединенной Германией должен осуществляться с ее собственной территории.

На политическом уровне, во-первых, должно быть принято решение *в пользу сохранения государства* как гаранта централизованной правовой системы, обеспечивающей свободу. В качестве базовой нормативной модели коммуникационного порядка следует избрать либерально-этатистскую. Отсюда вытекает необходимость соблюдения дуализма государства и общества как двух различных принципов социальной организации. При этом принцип социального государства не может использоваться как основание для нарушения логики этого разделения. Во-вторых, *нейтральное государство должно гарантировать не плюрализм*, *а политическое единство* в установленных конституцией широких рамках и посредством избирательно-парламентского канала легитимации своих действий[745]. В-третьих, демократическая коммуникационная политика, направленная на реализацию этой цели, должна оставаться гибкой, эксплицитной и обсуждаемой.

На конституционно-правовом уровне коммуникационные свободы, во-первых, должны пониматься как содержательно узкие, но жесткие и стабильные индивидуально-субъективные гарантии; объективно-правовое измерение должно быть редуцировано до понимания основных прав абзаца 1 статьи 5 Основного закона как негативных компетенционных норм точечного действия. Подчеркнем, что в основе этого предложения лежит мотив *усилить действие основных прав, а не ослабить его*: чем более широко, материально и догматически многообразнее понимаются основные права, тем меньше их нормативное значение. Во-вторых, функционализация коммуникационных свобод с целью гарантирования плюрализма должна быть прекращена[746]; оформление коммуникационного порядка должно осуществляться парламентским законодателем и только на основе закона. В-третьих, конституционному законодателю следует более четко контурировать правовой

---

[745] Выше мы уже отмечали, что **гарантирование плюрализма и обеспечение политического единства – две стороны одной медали**. Отличие, однако, заключается в распределении ответственности: в первом случае роль гаранта плюрализма во многом остается скрытой, а исключение гетерогенного производится имплицитно, во втором же случае гарант единства действует открыто и потому в большей степени подконтролен народу. См. также подраздел 4 §1.2.

[746] Речь идет о прекращении функционализации не только в рамках объективно-правового измерения коммуникационных свобод, но и при помощи элементов классической догматики, основанной на категории вмешательства в основное право. Так, применение соразмерности для обоснования дополнительного к индивидуально-субъективному измерению содержания коммуникационных свобод должно быть редуцировано до минимума.

статус Федерального конституционного суда ФРГ во избежание дальнейшей девальвации нормативного значения текста Основного закона; также при необходимости в тексте конституции могут быть отражены наиболее важные принципы и правила коммуникационного порядка – в самостоятельном качестве, но не как критерии допустимости ограничений основных прав, их пределы или гарантии.

При регулировании секторов коммуникационного порядка – вещания, прессы или медиапосредников – *парламентский законодатель должен получить широкую дискрецию*. Важно, чтобы такое регулирование осуществлялось на основе конкретных правил, а не абстрактных принципов-ценностей. Практика ФКС, сужающая или отменяющая указанную дискрецию, должна быть пересмотрена или отменена. Так, в особенности, Основному закону не противоречит как отмена привилегирования мировых информационных агентств, так и введение в их отношении ограничительных мер в целях защиты национальной демократии или экономической системы. Деятельность на территории ФРГ частных вещателей, прессы или медиапосредников, находящихся под иностранным влиянием, также может быть сопряжена с выполнением ими определенных требований. Кроме того, связь общественного вещания с парламентским законодателем с конституционно-правовой точки зрения может и должна быть усилена как в аспектах финансирования, так и управления этим институтом[747]. Немалый ограничительный потенциал очерченных мер должен компенсироваться недоступностью для взвешивания выводимых из коммуникационных свобод индивидуально-субъективных гарантий; в отношении общественного вещания в обычном законодательстве могут быть предусмотрены дополнительные механизмы демократического контроля[748].

Наконец, следует актуализировать и компетенционный порядок. В условиях уже достигнутой фактической дефедерализации и депарламентаризации коммуникационной политики, а также с учетом несоизмеримости реальных возможностей влияния обладающих содержательной компетенцией в сфере медиарегулирования федеральных земель и противостоящих им крупных технологических компаний, компетентного в технической телекоммуникационной сфере федерального центра, усиливающегося Европейского союза и оказывающих влияние на мировую коммуникационную политику Великобритании и США, *полномочия в области медиарегулирования и оформления коммуникационного порядка должны быть консолидированы на федеральном уровне и замкнуты на сферу*

[747] Например, финансирование общественных вещателей может быть установлено из государственного бюджета, а их органы управления формироваться непосредственно парламентом.

[748] Так, может быть введена транспарентная система оценки общественного вещания населением, результаты которой будут учитываться при определении его финансирования. Кроме того, при сохранении вещательного взноса как источника финансирования общественного вещания плательщики могут наделяться правом отказаться от его оплаты на определенный срок в течение базового периода в случае, если они не удовлетворены качеством контента.

ответственности парламентского законодателя, что потребует внесения в Основной закон изменений. За федеральными землями могут быть сохранены возможности *нестратегического влияния* на коммуникационную политику.

Красной нитью через все предложения проходит *идея восстановления немецкого суверенитета в коммуникационной сфере*, ограничения которого изначально были эксплицитно сформулированы западными союзниками, а затем имплицитно позитивированы в Основном законе, практике ФКС и обычном законодательстве. *В отношении личности* указанные рестрикции преимущественно выражаются в достигаемой посредством функционализации основных прав цензуре способа реализации коммуникационных свобод; *общество подвергается их воздействию*, главным образом, за счет размытых обязательств по гарантированию плюрализма и журналистской добросовестности, необоснованному привилегированию и несправедливой конкуренции частных субъектов с дисфункциональным институтом общественного вещания; *государство же оказывается парализованным* в своих возможностях проводить целенаправленную и последовательную коммуникационную политику в условиях дробления неопределенной медиакомпетенции и искажений в системе разделения властей, вызванных экстенсивной конституционно-судебной интерпретацией коммуникационных свобод.

Скрывающая дефицит суверенитета *тотализирующая конституционализация* в отношении каждого из трех названных субъектов стремится к оптимуму, способному придать как общественной реализации, так и государственному гарантированию коммуникационных свобод безальтернативный характер. При этом государственно-общественное переплетение не позволяет установить круг субъектов, несущих за подобную «гармонизацию» политическую или юридическую ответственность. Новый же коммуникационный порядок Германии, на наш взгляд, должен способствовать обретению *личностью, обществом* и *государством* различимых контуров и вместе с этим – приданию им *дееспособности в коммуникационной сфере*. Возможно, на этом историческом промежутке усиление государства будет идти в ногу с увеличением свободы личности.

Глава 2. Немецкий коммуникационный порядок под влиянием европейской интеграции

§2.1. Единство европейской и немецкой интерпретаций медиаплюрализма

1. Современная трактовка понятия *медиаплюрализм* в Европе, как и в Германии, становится все более широкой и, на наш взгляд, на сегодняшний день затрагивает практически все аспекты медиарегулирования. Хотя и на этапе зарождения системных европейских подходов к регламентации медиасферы в 1980-1990-е годы категория плюрализма как в рамках Совета Европы[749], так и на уровне Европейского союза[750] оставалась *неопределенной*, но, в отличие от актуального состояния, она была в большей степени привязана к экономическому, а не культурному измерению медиа, то есть к

---

[749] Так, например, *Рекомендация N R (99)1 Комитета министров Совета Европы государствам-участникам «О мерах по стимулированию плюрализма в средствах массовой информации»* наибольшее внимание уделяет противодействию чрезмерной экономической концентрации медиасобственности, призывая разработать национальное регулирование, которое бы устанавливало для коммерческих медиакомпаний максимальные уровни влияния. Об отходе от этой парадигмы в пользу более активного социально-государственного вмешательства в медиасвободы для гарантирования плюрализма сигнализируют две последующие Рекомендации Комитета министров Совета Европы: *Рекомендация № CM/REC(2007)2 Комитета министров Совета Европы государствам-участникам «О плюрализме в средствах массовой информации и разнообразии медиаконтента»* ясно указывает на то, что большое количество медиа не означает само по себе плюрализм их содержания, и содержит более широкий каталог мер, направленных на вмешательство государства в содержательную деятельность медиакомпаний. Наконец, наиболее объемная и подробная *Рекомендация № CM/REC(2018)1 Комитета министров Совета Европы государствам-участникам «О плюрализме средств массовой информации и транспарентности собственности на средства массовой информации»* в связи с технологическими трансформациями в медиасекторе имплицитно предлагает крайне широкое понимание плюрализма, включающее позитивные обязательства по обеспечению как «количественного» плюрализма медиакомпаний, так и наравне с ним «содержательного» плюрализма. См. подробнее: Рекомендации Комитета Министров Совета Европы в европейском правовом пространстве. Ред. Н.С. Степанов, пер. с англ. И. В. Артамонова [и др.]. М.: Развитие правовых систем, 2021. С. 362-376, 1154-1181; Recommendations and declarations of the Committee of Ministers of the Council of Europe in the field of media and information society. Strasbourg, 2016. P. 82-85.

[750] Концепция плюрализма в *Зеленой книге Европейской комиссии о плюрализме и концентрации СМИ на внутреннем рынке COM (92)480* также, как и в ранних документах Совета Европы, акцентуирует экономический, но не культурный (или демократический) аспект плюрализма, что предполагает в первую очередь обеспечение бесперебойного функционирования внутреннего рынка сообщества путем устранения различающихся и мозаичных антимонопольных правовых обязательств для медиакомпаний. Это, безусловно, оказывает положительное влияние на ситуацию с плюрализмом, но не возводит гарантирование плюрализма на уровень самостоятельной цели. Последнее бы означало недопустимое и нецелесообразное вмешательство в культурную компетенцию государств-членов ЕС. Гарантирование внутреннего «содержательного» плюрализма, хотя поверхностно затрагивается, но также не главенствует в документе. Кроме того, для конституционалистов крайне важно будет обратить внимание на ключевой аспект «либерального» понимания плюрализма на этапах зарождения европейского медиарегулирования: *гарантирование плюрализма рассматривается исключительно как ограничение свободы выражения мнения*, а не как позитивное обязательство государства или европейского сообщества по оформлению коммуникационного порядка, способствующему реализации названной свободы; и это обстоятельство документ делает несущей конструкцией юридического определения плюрализма. Кроме того, как указывается, такая позиция соответствует практике институтов, действовавших тогда в рамках ЕКПЧ. См. подробнее: Pluralism and Media Concentration in the Internal Market – An Assessment of the Need for Community Action. Green Paper. Commission of the European Communities, 1992. P. 14-21, 27, 57, 75. URL: https://aei.pitt.edu/1156/1/pluralism_gp_COM_92_480.pdf (accessed: 01.11.2023).

«либеральному плюрализму»[751], что объясняется сохранявшейся до недавнего времени широкой дискрецией национальных государств по конституционно-правовому оформлению собственных коммуникационных порядков.

Последующие попытки уточнить определение плюрализма не принесли успеха, и вплоть до настоящего времени юридическая дефиниция плюрализма, действительная на территории Европы, отсутствует[752]. Похоже, что в европейской академической среде неопределенность этой категории презентуется в качестве достоинства, прежде всего, в связи с необходимостью ее открытости для дальнейшего развития, как предполагается, ради компетенционной экспансии институтов Европейского союза в ходе европейской интеграции, а то и вовсе объясняется имманентной этой категории *неопределимостью*[753]. В то же время плюрализм является юридическим термином, регулярно находящим употребление в правовых актах сообщества и выступающим в качестве основания для ограничения коммуникационных основных прав.

Не требует распространенных пояснений, сколь серьёзные конституционно-правовые риски подобное положение дел несет для соблюдения принципа правовой определенности как существенного элемента концепции правового государства. Стремясь к снижению подобных угроз, немецкий конституционный законодатель предусмотрел в предложении 3 абзаца 1 статьи 23 Основного закона инструментарий, позволяющий защитить от деформации действиями Европейского союза конституционную идентичность Германии, к которой, безусловно, относится и идея правового государства, и как одно из ее проявлений – *принцип определенности* (Bestimmtheitsgebot)[754]. Несмотря на то, что о случаях

---

[751] **«Либеральное» понимание плюрализма** со стороны европейских сообществ означало, *во-первых*, рассмотрение медиаплюрализма как преимущественно экономического вопроса, а не демократического или культурного, *во-вторых*, приоритет невмешательства ради сохранения предпринимательской свободы медиакомпаний и развития внутреннего рынка, *в-третьих*, уважение к мерам, принимаемым государствами-членами в этой сфере. Упомянутая Зеленая книга, таким образом, понимается в современной литературе как сигнал не забегать вперед, не опережать процессы европейской интеграции того времени чрезмерным вмешательством в традиционную для национальных государств сферу компетенций. См. подробнее: Bayer, J. Medienfreiheit als europäische Tradition: Geschichte und Notwendigkeit des geplanten Europäischen Medienfreiheitsgesetzes (EMFA), VerfBlog, 2023/5/19. URL: https://verfassungsblog.de/medienfreiheit-als-europaische-tradition/ (accessed: 01.11.2023).

[752] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. On the Allocation of Competences between the European Union and Its Member States in the Media Sector: An Analysis with Particular Consideration of Measures Concerning Media Pluralism. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021. P. 541-542.

[753] Ibid. В литературе высказывается спорное предположение, что определенное понятие плюрализма опасно с точки зрения одностороннего завладения прерогативой его толкования. Поэтому предлагается приближаться к пониманию плюрализма не через дефиницию, а через описание его функции – гарантирования свободного и открытого формирования политической воли граждан. Если принимать всерьез эти аргументы, представляется, что любые определенные правовые понятия тогда можно рассматривать как потенциально опасные, таящие в себе «авторитарное начало», поскольку они не допускают множество интерпретаций. См. подробнее: Nielsen, J. Die Medienvielfalt als Aspekt der Wertesicherung der EU. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. S. 32-34.

[754] Подразумевается, что правовые понятия должны быть сформулированы таким образом, чтобы позволять затронутым лицам распознавать правовое положение и ориентировать в соответствии с ним собственное поведение. Разумеется, не во всех случаях возможно достичь максимальной определенности, поэтому, согласно позиции ФКС, необходимый уровень последней зависит от особенностей предмета правового регулирования и цели затронутой нормы. См.: BVerfGE 103, 111 (135); Wolff, H. A. §12. Struktursicherung und Homogenität im Verfassungsverbund // Stern, K., Sodan,

применения инструментов *контроля конституционной идентичности* (Identitätskontrolle)[755] в отношении гарантирующих плюрализм актов Европейского союза со стороны Германии пока неизвестно, подобный сценарий в отношениях ФРГ и ЕС все же не выглядит невероятным: в этом контексте заслуживает внимания недавняя попытка Венгрии обжаловать гарантирующий плюрализм европейский регламент в том числе по причине отсутствия ясных дефиниций применяемых в документе основных категорий, среди которых плюрализм, безусловно, занимает главное место[756].

2. Неопределенность категории «плюрализм» и ее мнимая неопределимость, однако, не означают, что вкладываемое в нее содержание в практике и законодательстве оставалось неизменным на протяжении последних десятилетий европейской интеграции; напротив, обращение к истории расширения европейского медиарегулирования по предмету[757]

H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 107-108.

[755] **Контроль конституционной идентичности** подразумевает, что правовой акт, несмотря на его формальное соответствие компетенции, следующей из первичного права ЕС, содержательно, однако, не может быть рассмотрен как обязательный и применимый, поскольку существо вводимого им регулирования несовместимо с неизменными структурными принципами немецкой конституции, закрепленными в абзаце 3 статьи 79 Основного закона. Инструмент призван установить границы европейской интеграции, а потому обладает высоким конфликтным потенциалом и применяется ФКС крайне сдержанно. См. подробнее: Wolff, H. A. Op. cit. Rn. 100-103.

[756] Речь идет о жалобе Венгрии в Суд ЕС о признании ничтожным Европейского акта о свободе медиа (EMFA). См. полный текст: Case C-486/24: Action brought on 10 July 2024 – Hungary v European Parliament and Council of the European Union. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62024CN0486 (accessed: 01.10.2024).

[757] **Расширение предмета европейского медиарегулирования** хорошо прослеживается на примере увеличения количества актов вторичного права ЕС в рамках **периодизации 1994 – 2024 годах с контрольными точками с шагом в 10 лет.** К **1994 году** оно охватывало собственно медиарегулирование в узком смысле: принятая как результат Зеленой книги «Телевидение без границ» *(Television without frontiers. Green paper on the establishment of the common market for broadcasting, especially by satellite and cable, 1984)* телевизионная директива *Fernsehrichtlinie 89/552/EWG* скорее была направлена на либерализацию и дерегулирование в целях беспрепятственного распространения телевизионных программ в рамках сообщества. Примечательно, что даже эта первая директива подвергалась критике немецких федеральных земель как выходящая за рамки договорной компетенции попытка европейского сообщества регулировать культурную сферу. Кроме того, вопросы авторского права в сфере вещания по кабелю и спутнику затрагивала директива *Satelliten- und Kabelrichtlinie 93/83/EWG,* а также первичное право регулировало некоторые релевантные медиасфере антимонопольные вопросы и проблематику поддерживающих субсидий. К **2004 году** к существующим актам добавились регламент о слияниях *Fusionskontrollverordnung (EG) 139/2004,* релевантный в том числе для медиакомпаний, директивы об авторском праве в цифровую эпоху *InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG,* о защите персональных данных, в том числе в электронных сетях *Datenschutzrichlinie 95/46/EG* и *ePrivacy-Richtlinie 2002/58/EG.* Кроме того, был принят ряд директив в области телекоммуникации *TK-Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG, 2002/22/EG*, а также директива об электронной коммерции *E-Commerce-Richtlinie 2001/31/EG.* К **2014 году** уже действовала обновленная и расширенная директива об аудиовизуальных медиауслугах *AVMD-Richtlinie 2010/13/EU* (далее – AVMSD), заменившая упомянутую *Fernsehrichtlinie*, а также посвященные рекламе директивы *Werberichtlinien 2005/29/EG, 2006/114/EG*. Наконец, **кратно возросло чисто актов к 2024 году**: наряду с прежними документами появились европейские «законы» о цифровых рынках, цифровых услугах, свободе медиа и данных *DMA-Verordnung (EU) 2022/1925, DSA-Verordnung (EU) 2022/2065, EMFA-Verordnung (EU) 2024/1083, DA-Verordnung (EU) 2023/2854,* регламент о политической рекламе *Verordnung politische Werbung (EU) 2024/900*, регламент о способствовании справедливости и прозрачности для коммерческих пользователей онлайн-служб и поисковых машин *P2B-Verordnung (EU) 2019/1150,* регламент о противодействии распространению террористического онлайн-контента *TCO-Verordnung (EU) 2021/784,* регламент о трансграничной мобильности услуг онлайн-контента *Portabilitätsverordnung (EU) 2017/1128,* регламент об искусственном интеллекте *KI-Verordnung (EU) 2024/1689*, директивы о кибербезопасности *NIS2-Richtlinie (EU) 2024/1069*, об авторском праве и смежных правах в рамках единого цифрового внутреннего рынка *DSM-Richtlinie (EU) 2019/790,* о предписаниях для осуществления авторских и смежных прав в отношении определенных онлайн-трансляций вещательных компаний и о ретрансляции радио- и телепрограмм *Online-SatKab-Richtlinie (EU) 2019/789*, о защите участвующих в общественной жизни персон от очевидно необоснованных жалоб или направленных на злоупотребление судебных процессов *SLAPP-Richtlinie (EU) 2024/1069*,

показывает, что вместе с увеличением роли последнего динамичное расширение пережила и рассматриваемая категория. Об этом же говорят результаты анализа указанного регулирования по интенсивности[758]. Стоит заметить, однако, что потенциал для увеличения объема этого понятия был заложен на ранних этапах евроинтеграции и заключался в использовании для определения плюрализма особой юридической техники: конструирование этой категории происходило с использованием хотя и размытых, но противоположных друг другу по семантической направленности подкатегорий. Прежде всего, имеется в виду наиболее релевантное для медиасферы определение плюрализма, предпринятое Советом Европы, согласно которому последний определяется через разнонаправленные *внутренний* и *внешний* аспекты: внутренний плюрализм связывается с широким спектром социальных, политических и культурных ценностей, мнений, информации и интересов, которые должны быть представлены внутри медиаорганизации, а внешний плюрализм подразумевает количество медиаорганизаций, которые представляют различные точки зрения[759]. Разумеется, с учетом сказанного в рамках предыдущей главы, здесь заметно влияние и догматики ФКС.

Сегодня гарантирование *внутреннего плюрализма* в Европе подразумевает широчайший спектр мер, связанных в том числе и с непосредственным вмешательством евроинститутов во внутренние механизмы управления медиа, например, начинающихся с введения обязательств декларировать редакционную стратегию и достигающих высокой степени интенсивности в дискуссиях о внутренней свободе прессы и общественном вещании, общественной прессе или онлайн-платформах[760]. Иными словами, весь

заменены регламентом о защите данных *DS-GVerordnung (EU) 2016/679* – упомянутая директива *Datenschutzrichlinie,* директивой о кодексе электронных коммуникаций *EECC-Richtlinie (EU) 2018/1972* – упомянутые директивы *TK-Richtlinien.* Обзор подготовлен на основе доклада Кристины Эттельдорф о развитии национального и европейского медиарегулирования в рамках конференции Института европейского медиаправа 5 декабря 2024 г., см. подробнее видеозапись доклада и презентацию с наглядными схемами Webinar Entwicklung der Medienregulierung – Spotlight Medienkonzentration. URL: https://emr-sb.de/vod-webinar-entwicklung-der-medienregulierung-spotlight-medienkonzentration/ (accessed: 14.12.2024).

[758] **Европеизация немецкого конституционного медиаправа** (Europäisierung des Medienverfassungsrechts – важный тезис, отражающий высокую степень интенсивности и тренд на возрастание «неэкономического», а конституционного аспекта европейского медиарегулирования, принимаемый в одном из ведущих комментариев к Основному закону. *Де факто с помощью вышеперечисленных актов вторичного права создан конституционно значимый европейский коммуникационный порядок.* Заметны не только все более частый выбор регламентов как более жестких средств гармонизации, но и символичное словоупотребление: ЕС стал называть свои регламенты «законами». См. подробнее: Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 27-31.

[759] См. подробнее: Council of Europe's Committee of Experts on Media Concentrations and Pluralism (1994), 'The Activity Report of the Committee of Experts on Media Concentrations and Pluralism', submitted to the 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy, Prague, 7–8 December 1994. Цит. по: См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Op.cit. P. 147-148.

[760] В этом контексте заслуживает внимания рекомендация Еврокомиссии (EU) 2022/1634 от 16.09.2022, предлагающая для гарантирования редакционной независимости и транспарентности медиасобственности объемный каталог добровольных внутренних мер, применение которых рекомендуется для медиа, производящих новости и контент, относящиеся к политической информации. Среди прочего, внимания заслуживают: *(для обеспечения редакционной добросовестности)* декларирование задач редакции, стратегий стимулирования плюралистического и инклюзивного структурирования новостей, ответственного использования источников, конфликтов интересов, процедуры внесения исправлений в материалы; *(для обеспечения редакционной независимости)* создание этических и

экспансивный потенциал, который создает идея гарантирования внутреннего плюрализма, будет исчерпан только с отказом от рыночной организации медиасферы. Внутренний плюрализм, как правило, обеспечивается *опосредованно*, путем, например, введения представителей определенной общественной группы в медиасовет общественного вещателя – в таких случаях многообразие юридически констатируется уже в силу репрезентации группы, или, значительно реже, *непосредственно*, когда на предмет их плюралистичности измеряются набор предлагаемых тем или даже детальное наполнение журналистских материалов. Содержательное гарантирование плюрализма является самым травмирующим видом обеспечения плюрализма с точки зрения вмешательства в коммуникационные свободы; хотя европейские и немецкие подходы остаются в этом отношении сдержанными, ЕС и Германия применяют и такой метод[761].

На первый взгляд противоположный вектор задает принцип гарантирования внешнего плюрализма, связанный, прежде всего, с рыночным радикализмом, идеями дерегулирования и невмешательства. Этот подход, идущий вразрез с идеями гарантирования плюрализма изнутри медиаорганизации, в особенности внутренней свободой прессы, исходит из обстоятельства, что большое количество медиакомпаний на рынке позволяет (и даже обязывает) не предъявлять серьезных требований к распределению публицистической власти внутри каждой из них. Примером может служить действующий в рамках регулирования рынка прессы как в Германии, так и в некоторых других европейских странах[762] принцип свободы определения печатным изданием своей политико-

---

надзорных комиссий и медиаторов по контролю за соблюдением внутренних редакционных правил, формирование избираемых советов новостных редакций, которые будут выполнять посреднические функции между медиаменеджерами и журналистами по поводу соблюдения прав последних, назначение журналистских директоров, ответственных за гарантирование принципов независимой журналистики, формирование органов, ответственных за назначение шеф-редакторов и защиту их автономии и независимости, конфликтных комиссий, призванных решать противоречия между редакцией, собственниками и бизнес-менеджментом; *(для гарантирования участия журналистов в принятии решений медиакомпании)* гарантирование прав на получение информации в случаях существенных изменений в медиакомпании, привлечение журналистов к консультациям при назначении шеф-редакторов, выборам руководящих органов медиакомпании; *(для улучшения устойчивости медиакомпаний и долгосрочных инвестиций в производство контента)* вовлечение медиакомпаний в обмен знаниями и опытом с европейскими институтами и форумами, внедрение новых бизнес-моделей, ориентированных на изменившиеся паттерны поведения потребителей, и технических решений, алгоритмов, привлечение журналистов к владению акциями медиакомпании, внедрение стратегий и обязательств по реинвестированию доходов для долгосрочного повышения качества контента и независимости журналистов, контроля за пожертвованиями. См. подробнее: Commission Recommendation (EU) 2022/1634 of 16 September 2022 on internal safeguards for editorial independence and ownership transparency in the media sector. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32022H1634 (accessed: 01.09.2023). Очевидно, что предлагаемые меры серьезно ограничивают собственников медиакомпаний в их свободах прессы и предпринимательской деятельности, что делает маловероятной добровольную имплементацию этих рекомендаций. В связи с этим фокус европейской дискуссии все более смещается к тому, чтобы сделать их обязательными.

[761] См.: Mafi Gudarzi, N. Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken. PhD thesis, Universität zu Köln, 2022. URL: https://kups.ub.uni-koeln.de/61080/ (accessed: 01.09.2023). S. 90-91. Указывается, что содержательный плюрализм является скорее конечной целью, достижение которой до тех пор разрешается обеспечивать *опосредованно* (то есть наделяя определенных лиц субъектностью как представителей важных для общества групп), пока оно признается эффективным. См., например: BVerfGE 73, 118 (153).

[762] Речь идет, например, об аналогичных конституционных гарантиях в Австрии, Швейцарии, Италии, Испании. См. подробнее: Kloepfer, M. Innere Pressefreiheit und Tendenzschutz im Lichte des Artikels 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. S. 47-51.

публицистической направленности. Однако, с развитием общего и специально ориентированного на медиа конкурентного права было бы неверно исходить из того, что регулирующий потенциал принципа внешнего плюрализма исчерпывается невмешательством. Напротив, гарантирование внешнего плюрализма содержит динамично развивающийся активный компонент: во-первых, контроль за слияниями и поглощениями в медиасфере трансформируется в основанный на размытых критериях непрерывный экономический мониторинг с широкой дискрецией уполномоченных органов и серьезными обязательствами по транспарентности, во-вторых, сосуществование общественных и частных медиакомпаний открывает широкое поле для его экономической гармонизации, наконец, в-третьих, дисбаланс количества медиакомпаний по способу распространения контента – в печати, на радио, телевидении или в цифровом формате – создает массу поводов для принятия позитивных мер[763].

Таким образом, справедливо лишь отчасти, что за диссонансом внутреннего и внешнего плюрализма скрывается более знакомое конституционалистам противоречие между принципами правового и социального государства[764], капитализмом и демократией[765]. Скорее, речь идет о более общем, философском противоречии между формой (внешний плюрализм) и содержанием (внутренний плюрализм). Обладая несовместимостью и в то же время являясь взаимосвязанными, эти два полюса теоретически позволяют соотнести с ними всю систему медиарегулирования; именно фундаментальность заложенного противоречия придает мощную динамику расширению объема понятия плюрализм. Более того, открывается неисчерпаемый источник для обоснования различных ограничений коммуникационных прав, ведь полная реализация идеи внешнего плюрализма означала бы, что невыполненным остается принцип внутреннего плюрализма, и наоборот. На ум приходят и вмешательства, комбинирующие оба принципа: например, меры, направленные на финансирование создания и поддержания деятельности медиакомпаний,

---

[763] Некоторые из названных мер по гарантированию внешнего плюрализма раскрываются в рамках европейской дискуссии с привлечением некоммерческих организаций. См.: Contribution to the EU public consultation on media pluralism and democracy, July 2016. URL: https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-44/reporterssansfrontiers_18792.pdf (accessed: 01.09.2023).

[764] Имеется в виду, что внешний плюрализм органически связан с принципом правового государства, поскольку изначально предполагает формальное равенство и классическое либеральное понимание коммуникационных свобод. Принцип социального государства органически связан с гарантированием внутреннего плюрализма, поскольку последнее также предполагает установление реального (фактического) равенства через активное государственное вмешательство. См. о соотношении правового и социального государства в немецком конституционном праве: Rux, J. GG Art. 20 // Epping, V., Hillgruber, C. (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz. 54. Aufl. München: C.H. Beck; 2023. Rn. 149-154.

[765] Капитализм, ориентированный на динамичную самооптимизацию и ответственность индивида, предполагается соотнести с идеей внешнего плюрализма, уважающего собственность владельцев медиа. Демократический элемент, напротив, приписывается внутреннему плюрализму, в чем убеждает одно из наиболее ярких проявлений этого принципа – идея общественного вещания. Как и применяемая терминология, так и сама дискуссия о проявлениях капитализма и демократии в медиасфере отнюдь не является устаревшей в Германии и активно ведется на междисциплинарном уровне. См. подробнее: Bisky, L. (Hrsg.) Medien - Macht - Demokratie: neue Perspektiven. Berlin: Dietz; 2009.

сопряженные с содержательными требованиями к ним и обязательствами по внутренней организации[766]. Комбинирование двух принципов с конституционно-правовой точки зрения вновь подчеркивает риск создания, например, с помощью метода балансирования, единственно возможного оптимума, ведущего к отказу от понимания коммуникационных свобод как гарантирующих определенную автономную сферу для самореализации суверенной личности и превращению их в обязанности.

3. Еще одна дихотомия, детерминирующая неопределенность рассматриваемой категории на европейском уровне, связана с пониманием плюрализма, с одной стороны, как существующего, эмпирически подтверждаемого *состояния* многообразия в медиасфере, требующего охраны от вмешательства со стороны государства, и, с другой стороны, *как цели или ценности*, предполагающих активные действия по их воплощению. В первом случае речь идет о пассивном подходе – уважении уже существующего плюрализма через невмешательство. Несмотря на то, что выражаемые в литературе позиции об отходе от этого метода в пользу активного вмешательства ради гарантирования плюрализма справедливы[767], этот подход по-прежнему продолжает использоваться, поскольку является выражением классической, оборонительной природы коммуникационных свобод[768]. Более того, с

---

[766] Например, некоторые гранты Еврокомиссии для финансирования новостного медиасектора с определенной перспективы можно было бы рассматривать как комбинирующие принцип внутреннего и внешнего плюрализма. Опасность с конституционно-правовой точки зрения заключается в том, что Европейская комиссия, являясь согласно немецкой конституционно-правовой доктрине приравненным к государственному органу институтом, получает возможности неограниченного влияния на общественную дискуссию и, в конечном итоге, на процесс формирования государственной воли государств-членов ЕС. См.: EU funding opportunities for the news media sector. European Commission. URL: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/funding-news-media-sector (accessed: 01.09.2024).

[767] **Переход от пассивного к активному подходу в гарантировании медиаплюрализма** на уровне ЕС был не плавным, градиентным, а прерывистым, что связано с эффективным противодействием групп интересов, не желающих давать Брюсселю столь мощный инструмент влияния на государства-члены сообщества. Прерывистость перехода, однако, не мешает установить его приблизительные хронологические рамки: **с 2007 году** Еврокомиссия переходит к расширенному концепту плюрализма, что, среди прочего, означало издание большего количества документов по этому вопросу, проведение исследований плюрализма для выявления объективных критериев его оценки в государствах-членах – *Media Pluralism Monitor* и публичные консультации по данной тематике. **В 2011-2013 годах** посвященные плюрализму документы стали делать акцент на активных действиях со стороны ЕС для гарантирования плюрализма в государствах-членах. Дополнительный импульс аргументации в пользу активного подхода придали ценностные новеллы Лиссабонского договора и упоминание плюрализма в Хартии Европейского союза об основных правах, которые, в интерпретации Европарламента, оправдывали активный подход и возникающее в связи с ним расширение компетенций ЕС. **В 2014 году** Еврокомиссия учреждает группу европейских регуляторов аудиовизуальных медиауслуг (European Regulators Group for Audiovisual Media Services, ERGA), но окончательный переход можно констатировать **с 2018 года**, когда с учетом нового подхода была переработана упоминавшаяся директива AVMSD: медиаплюрализм стал целью ее реализации, соответственно, увеличилось и значение действующей на ее основе ERGA . **В 2020 году**, благодаря заключениям Евросовета (Council conclusions on safeguarding a free and pluralistic media system 2020/C 422/08), определение плюрализма получает максимальное расширение, *«холистическую перспективу, учитывающую правовые, политические и экономические переменные»*; более того, отмечается необходимость постоянной актуализации этого понятия. Практически в это же время был обнародован Европейский план действий по укреплению демократии (European Democracy Action Plan), определивший активное гарантирование плюрализма в качестве одного из столпов демократии. Обзор был подготовлен на основе статьи Bayer, J. Op.cit.

[768] О сохранении подобного дескриптивного видения плюрализма однозначно говорит, например, пункт 8 преамбулы обновленной в 2018 году AVMSD: «Крайне важно, чтобы государства-члены обеспечили отсутствие действий, направленных на нарушение свободного потока телепередач или создание доминирующих позиций, которые могли бы привести к ограничениям плюрализма и свободы телевизионной информации и свободы информации в целом». См.: AVMSD. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2010/13/2018-12-18 (accessed: 01.09.2024). Анализ литературы подтверждает, что подобное понимание остается релевантным и для Совета Европы. См.: Daiber, B. EMRK Art. 10 //

признанием и на европейском уровне расширенного понятия вмешательства в основное право и отказом от его классической, ограничительной интерпретации[769], практически любую государственную меру в медиасфере стало возможным рассматривать в качестве угрожающего плюрализму вмешательства.

Во втором случае имеется в виду активный подход, на сегодняшний день доминирующий в ЕС и ФРГ, согласно которому плюрализм трактуется как ценность или публичная цель, имеющая ограничивающий коммуникационные свободы эффект[770]. Здесь гарантирование плюрализма органично встраивается в ценностную догматику[771] и согласуется с теоретическими выкладками о позитивных обязательствах государств-членов в рамках ЕС[772] или Совета Европы[773]. Хотя необходимость существования таких обязательств по гарантированию плюрализма не всегда объективна и в определенных случаях может быть оспорена, конституционно-правовой риск скорее содержится в широкой дискреции, которую может получить условный национальный или наднациональный институт, в том числе судебный, наделенный властью определять, какие конкретно аспекты концепта плюрализма имеют дескриптивный характер, и, следовательно, предполагают невмешательство, а какие – прескриптивный, то есть требуют активных мер. Иными словами, манипулирование соотношением нормативного и эмпирического измерения плюрализма позволяет, исходя из политической целесообразности, в одних случаях запрещать любую медиаполитическую меру, а в других – требовать ее полного выполнения. Например, европейские институты усматривают угрозу для плюрализма в том, что Венгрия финансирует «дружественные» правительству медиа и журналистов[774], в то же время Еврокомиссия осуществляет аналогичное финансирование по не менее спорным критериям и в большем объеме, которое, однако, представляется в качестве гарантии плюрализма[775].

4. Наконец, упоминания заслуживает еще одна касающаяся плюрализма полярность, радикально расширяющая объем этого понятия: технологическое развитие открывает

Meyer-Ladewig, J., Nettesheim, M., Raumer, S. (Hrsg.) EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2023. Rn. 1-7.

[769] См.: Marauhn, T., Mengeler, D. Kapitel 7: Grundrechtseingriff und -schranken // Dörr, O., Grote, R., Marauhn, T., et al. (Hrsg.) EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. Rn. 10-17.

[770] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Op.cit. P. 542.

[771] Ibid. P. 479-481.

[772] См.: Jarass, HD. Charta der Grundrechte der Europäischen Union: unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK. Kommentar. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2021. Art. 11. Rn. 24.

[773] См.: Grote, R., Wenzel, N. Kapitel 18: Meinungsfreiheit // Dörr, O., Grote, R., Marauhn, T., et al. (Hrsg.) EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. Rn. 21; NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova. Judgment of 5 April 2022. Application no. 28470/12.

[774] См. подробнее: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. September 2022 zu dem Vorschlag für einen Beschluss des Rates gemäß Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zum Bestehen einer eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0324_DE.html Rn. BA, BC. (accessed: 01.09.2024).

[775] См., например: URL: https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/media-freedom (accessed: 01.09.2024).

возможности для гарантирования плюрализма не только *на стороне производителя* массовой информации (медиа), но и *на стороне ее потребителя* (индивида). Традиционно же модель гарантирования плюрализма как в Германии, так и в Европе была ориентирована на медиапредложение[776]. Возрастающая дискурсивная власть крупных медиапосредников[777], однако, стимулировала на европейском и международном уровнях дебаты об отсутствии причинно-следственной связи между разнообразием производимой информации и разнообразием в ее потреблении. Таким образом, сомнению были подвергнуты классические модели гарантирования плюрализма, делающие основную ставку на разнообразие источников и медиаконтента[778].

Видное место в упомянутой дискуссии занимает проблематика так называемых *эхо-камер и пузырей фильтров* (Echo Chambers, Filter Bubbles). Предполагается, что с возрастанием роли медиапосредников в выполнении функций селекции, ранжирования и персонализации информации сопряжены риски изменения поведения потребителей медиаконтента: попадания граждан либо в эхо-камеру в социальной сети, где единомышленники коллективно снова и снова подтверждают одно и то же мнение, теряя контакт с иными позициями и начиная ошибочно полагать, что представляют взгляды большинства, либо в пузырь фильтров при индивидуальном использовании поисковой машины, когда опирающиеся на персональные интересы алгоритмы способствуют приоритетной выдаче только такой информации, которая утверждает существующую картину мира пользователя и мешает восприятию новых идей[779]. Несмотря на очевидную противоречивость таких концепций[780], негативные социальные последствия упомянутых

---

[776] См.: BVerfGE 57, 295 (320).

[777] Речь идет о немецком правовом термине медиапосредники (Medienintermediäre), то есть о телекоммуникационных службах, которые агрегируют, отбирают и делают общедоступным журналистско-редакционный контент третьих лиц, но не обобщают указанный контент в форме единого медиапродукта. К ним относят поисковые машины, социальные сети, видеопорталы и так далее. См.: абзац 16 §2 MStV. Не углубляясь в изменчивую административно-правовую терминологию ФРГ, отметим, что медиапосредники вместе с пользовательскими интерфейсами (Benutzeroberflächen) и медиаплатформами, обобщающими контент в единый медиапродукт (Medienplattformen), образуют более знакомую международным исследователям категорию Gatekeeper. В настоящей работе используемый нами термин медиапосредники тождественен категории Gatekeeper. См. подробнее: Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland. S. 3. URL: https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/Medienstaatsvertrag/ModStV_Begru__ndung.pdf (accessed: 01.09.2024).

[778] См.: Parcu, P. L., Brogi, E. et al. Study on Media Plurality and Diversity Online. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022. P. 20.

[779] См.: „Echokammern“ und „Filterblasen“ in digitalen Medien. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag, 2022. S. 7-11. URL: https://www.bundestag.de/resource/blob/898208/396d70db93fbc68bca40726b4d5308db/WD-10-007-22-pdf-data.pdf (accessed: 01.09.2024).

[780] Справедливо отмечается, что концепция эхо-камер и пузырей фильтров подвергается серьезной критике, *во-первых*, поскольку она необоснованно преувеличивает степень изолированности пользователей от иных мнений, *во-вторых*, так как существующие эмпирические данные не позволяют связать с существованием эхо-камер и пузырей фильтров тяжелые социальные последствия, *в-третьих*, потому что не учитывается значение ряда других релевантных для пользователей источников информации. См.: „Echokammern“ und „Filterblasen“ in digitalen Medien. Op. cit. S. 18-20. В академической литературе также указывается, что названная концепция эмпирически опровергнута; напротив, доказано, что индивид в социальных сетях чаще сталкивается с мнениями, которые он не разделяет. Также справедливо признается, что потенциал угроз, связанный как с эхо-камерами и пузырями фильтров, так и с фейковыми новостями и

эффектов, а именно фрагментация, поляризация и радикализация публичной сферы, приводятся в качестве обоснования принятия позитивных мер по гарантированию плюрализма на стороне потребителя информации[781].

Подобная аргументация, очевидно, разрывает связь с оптимистическими представлениями в конституционно-правовой академической среде о том, что технологический потенциал Интернета и сетевой информационной экономики поможет преодолеть дефициты классических медиа, в особенности, связанные с ограничениями активного участия публики в коммуникационных процессах[782]. Напротив, наполненная технологическим пессимизмом литература, организационно и финансово вдохновленная Еврокомиссией, призывает кратно усилить интенсивность регулирования и разработать новые меры по гарантированию плюрализма с учетом перспективы как производителя, так и потребителя информации[783].

Среди направленных на потребителя мер гарантирования плюрализма на европейском уровне особенно известна цель *приоритизации общественно-значимого медиаконтента*. Надо сказать, что абсолютно новой она не является; скорее, речь идет об адаптации и дифференциации уже существующих подходов, известных и во времена господства классических медиа – правил must carry или must offer[784]. Процессы приспособления старых правовых инструментов к современным технологичным средствам массовой коммуникации продолжаются, поэтому ни на уровне ЕС, ни в государствах-членах сообщества единых правил пока не выработано[785]. Однако, уже отчетливо заметны попытки гармонизации регулирования на уровне ЕС с тенденцией к ужесточению[786]. Высокая

языком ненависти намеренно преувеличивается для обоснования введения действительно тревожащих с конституционно-правовой точки зрения мер как фактчекинг или удаление правомерного контента. См.: Hindelang, S. Op. cit. S. 1-5.

[781] См.: Parcu, P. L., Brogi, E. et al. Op. cit. P. 20-21.

[782] См.: Hindelang, S. Op. cit. S. 389-395.

[783] Особенно интересно, что Интернет и технологическое развитие презентуются в качестве причин, сделавших общественную дискуссию *слишком плюралистичной*, поскольку «объем медиаконтента в эпоху цифровизации стал намного превышать объем времени и внимания, которые граждане могут инвестировать в его потребление». С этой перспективы гарантирование плюрализма требует и создания общей, единой, «ориентирующей» коммуникационной основы, не подлежащей обсуждению. См. подробнее: Parcu, P. L., Brogi, E. et al. Op. cit. P. 22, 91-92.

[784] См.: Parcu, P. L., Brogi, E. et al. Op. cit. P. 91-92.

[785] Ibid. P. 86-88.

[786] Так, *во-первых*, обновленная директива AVMSD в статье 7a (см. также пункт преамбулы 25) предусматривает, что государства-члены ЕС факультативно могут принимать меры по гарантированию соразмерного выделения аудиовизуальных медиаслужб публичной значимости. Статья 13 этой же директивы предполагает квоты и обязательства государств-членов по приоритизации европейской медиапродукции. *Во-вторых*, статья 62 директивы ЕС о кодексе электронных коммуникаций EECC-Richtlinie (EU) 2018/1972 предусматривает для государств-членов возможность требовать исполнения определенных схожих обязательств в отношении электронных ТВ-гидов (Electronic Program Guides). *В-третьих*, интенсификация регулирования стала наблюдаться позднее, с принятием Регламента ЕС о цифровых услугах (DSA), предписывающего в статье 25 (см. также пункт преамбулы 67) запрет манипулятивных практик (Dark Patterns) в интерфейсе онлайн-платформ, который, судя по смыслу нормы, также может использоваться для обеспечения приоритетного показа определенного контента. В литературе отмечается, что таким образом Еврокомиссия, уполномоченная также выпускать руководящие принципы по этому вопросу, получает широкие возможности по конкретному оформлению пользовательского интерфейса онлайн-платформ. Кроме того, приоритизация определенного контента может достигаться при противодействии крупных онлайн-платформ (VLOPs)

регуляторная активность наблюдаются и в государствах-членах, среди которых Германия, как признается, является самой продвинутой юрисдикцией, предусмотревшей наиболее разнонаправленные меры[787]. Практические методы приоритизации могут быть различными по сложности и интенсивности; для настоящего рассмотрения наибольшую релевантность представляют вмешательства в функционирование поисковых и рекомендательных алгоритмов и пользовательский интерфейс как медиапосредников, так и производителей электроники и базового программного обеспечения, в том числе операционных систем[788]. Кроме того, не стоит недооценивать интенсивность релевантного регулирования, если предписания сформулированы негативно – как обязанности по недискриминации медиаконтента или транспарентности, ведь из-за подобных расплывчатых формулировок потенциал вмешательства в коммуникационные свободы может быть даже выше, чем в случае с позитивно оформленными требованиями по приоритизации контента[789].

«системным рискам» в рамках статьи 34 (в совокупности со статьями 34-37, 39-41, 45, 48) DSA; здесь возможны самые разнообразные меры, в том числе вмешательство в алгоритмы и интерфейс (см. статью 35 DSA). Наконец, *в-четвертых*, EMFA в статье 20 (см. также пункт преамбулы 57) закрепляет схожее содержанию DSA право пользователя на индивидуализацию медиапредложения в соответствии с собственным предпочтениями, что может быть опосредовано использовано для выработки обязательств по ранжированию медиаконтента. См. подробнее о DSA и EMFA: Gerdemann S., Spindler G. Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2). Die Regelungen für Online-Plattformen sowie sehr große Online-Plattformen und -Suchmaschinen // Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. 2023. №3. S.119-120, 122-124; Cappello, M. (Hrsg.) Das Europäische Medienfreiheitsgesetz und seine Bedeutung. Straßburg: IRIS, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, 2024. S. 19.

[787] См.: Parcu, P. L., Brogi, E. et al. Op. cit. P. 88. Так, например §84 MStV предусматривает два вида обязательств по гарантированию видимости медиаконтента на пользовательских интерфейсах (Benutzeroberflächen), например, стартовых меню телевизоров и аналогичных им устройств в автомобилях. Во-первых, это запреты на дискриминацию однотипного медиаконтента при его сортировке, размещении, презентации или поиске. Во-вторых, это позитивно сформулированные требования по приоритизации не только контента общественного вещания, но и частных программ, которые вносят особенный вклад в плюрализм мнений и контента в масштабах федеральной территории ФРГ. Списки подлежащих приоритизации частных программ составляют уполномоченные земельные медиарегуляторы (Landesmedienanstalten) в установленном государственным договором порядке. Например, земельный медиарегулятор Берлина и Бранденбурга (Medienanstalt Berlin-Brandenburg) в рамках тезисов о гарантировании медиаплюрализма в цифровой среде обращает внимание, что в будущем запланирована разработка новых и актуализация существующих нормативных подходов по гарантированию плюрализма на стороне потребителя медиаконтента. См. подробнее: mabb stellt zehn Thesen für digitale Medienvielfalt vor. URL: www.mabb.de/uber-die-mabb/presse/pressemitteilungen-details/mabb-stellt-zehn-thesen-fuer-digitale-medienvielfalt-vor (accessed: 01.09.2024). Следует заметить, что применимость позитивно сформулированных требований §84 MStV пока остается крайне ограниченной; они не распространяются на социальные сети, поисковые машины, видеопорталы, то есть не затрагивают самых влиятельных медиапосредников. См. подробнее: Atamanczuk, A. MStV §84 // Gersdorf, H., Paal, BP. (Hrsg.) BeckOK Informations- und Medienrecht. 46. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 24-36a.

[788] Каталог подобных мер см.: Parcu, P. L., Brogi, E. et al. Op. cit. P. 45-95.

[789] В этом смысле, например, в литературе справедливо отмечается, что содержательным ядром упомянутого §84 MStV являются запрет дискриминации и запрет на создание препятствий со стороны провайдеров пользовательских интерфейсов в отношении размещаемого контента. Размытые формулировки параграфа о равенстве шансов для находимости контента в рамках пользовательского интерфейса как, например, «заметность контента не может быть необоснованно ограничена», «весь контент должен быть обнаруживаемым с помощью поисковой функции свободным от дискриминации образом» предполагают неоправданно широкую дискрецию регулятора и суда. Кроме того, запрет на дискриминацию направлен непосредственно на однотипный контент, но не на его производителей, что может усложнить выработку единообразной практики, поскольку не вполне ясно, как именно должна определяться его однотипность. Из-за этого может быть парализована экономическая деятельность провайдеров пользовательских интерфейсов: и персонализация контента, и продажа в рекламных целях определенных мест в интерфейсе будут затруднены или вовсе рассматриваться как недопустимые с перспективы гарантирования плюрализма. См. подробнее: Atamanczuk, A. MStV §84. Op. cit. §84 Rn. 13-20. Похожие запреты на дискриминацию редакционно-журналистского контента по отношению к влиятельным медиапосредникам (социальным сетям, поисковым машинам, видеопорталам) содержатся в §94 MStV. Обстоятельство, что жалоба на дискриминацию может быть подана не только затронутым медиа, но и земельным

Очевидно, что набор проблем, возникающий с проецированием плюрализма на потребителя медиаконтента, затрагивает фундаментальные вопросы конституционного права. Во-первых, при таком рассмотрении появляется нетипичная для уже рассмотренных дихотомий подлежащая постоянной оптимизации категория *нежелательного плюрализма, cacophony of voices*. Более того, во время оптимизации предмет регулирования как бы смещается с и без того небесспорного с конституционно-правовой точки зрения упорядочивания существующего многообразия мнений на установление предпочитаемого *единообразия* – рамок допустимого дискурса, что существенно сложнее примирить с декларируемыми в европейских сообществах и ФРГ конституционными принципами. Без убедительного ответа остается вопрос о совместимости столь далекоидущих позитивных мер как с концепцией (коммуникационных) прав человека, все еще ориентированной главным образом на существование свободы как автономной сферы, так и с требованиями принципа демократии[790].

Во-вторых, аргументация об обусловленности технологическим развитием изобилия информации, которое нуждается в упорядочивании методом гарантирования плюрализма на стороне потребителя, имеет в действительности скрытый слой, направленный на отрицание автономии личности. Это убедительно проявляется, например, в контексте исследований об эхо-камерах и пузырях фильтров: для объяснения их происхождения также активно привлекается теория когнитивного диссонанса, согласно которой человек стремится, с одной стороны, искать консонантные, соответствующие собственной картине мира когнитивные элементы, с другой стороны, избегать диссонантной информации[791]. Действительно, во многом нормативный *идеал зрелого гражданина* (mündiger Bürger) как наследие Просвещения сегодня проверяется на прочность различными эмпирическими

медиарегулятором по собственной инициативе, лишь подтверждает опасения по поводу злоупотребления названной мерой. См. подробнее: Zimmer, A., Liebermann D. MStV §94 // Gersdorf, H., Paal, BP. BeckOK Informations- und Medienrecht. Op. cit. Rn. 74. Схожий ограничительный эффект дает и §93 MStV, дополняющий круг обязанностей упомянутых адресатов требованиями транспарентности о критериях работы алгоритмов и так далее. Регулирование MStV в этом смысле во многом соответствует европейским трендам, в особенности DSA и EMFA. Отмечается даже, что европейское медиарегулирование во многом было «вдохновлено» концепцией §94 MStV. См.: Oster, J. Künstliche Intelligenz und Vielfaltssicherung // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2024. S. 288.

[790] Прямой цитаты заслуживает мнение, время от времени воспроизводимое в немецкой и европейской литературе по вопросу активного и расширенного гарантирования плюрализма: *«В конечном итоге на карту поставлено сохранение структуры европейского дискурса, который тщательно уравновешивает единство и плюрализм. Это политическое – и дискурсивное! – пересечение плюрализма и единства, в свою очередь, является единственной жизнеспособной основой для надежной защиты европейских ценностей перед лицом растущей геополитической угрозы».* См.: Bayer, J. Op.cit. Агрессивный геополитический нарратив остается доминирующим в медиаполитике и медиаправе сегодняшнего ЕС; гарантирование плюрализма все больше рассматривается в контексте (или как часть) ведения гибридной войны и противодействия дезинформации, что позволяет добиваться легализации ограничений, едва ли совместимых с существом коммуникационных основных прав. См. на примере доклада руководящего сотрудника медиарегулятора федеральной земли Рейнланд-Пфальц (Medienanstalt Rheinland-Pfalz) Йорга Укрова (Jörg Ukrow) в Европейском институте медиаправа. URL: https://emr-sb.de/vod-durchsetzung-von-medienrecht-vor-neuen-herausforderungen/ (accessed: 01.09.2023). *Автор настоящей работы не согласен с высказываниями докладчика.

[791] См.: „Echokammern“ und „Filterblasen“ in digitalen Medien. Op. cit. S. 9.

исследованиями[792]. Однако идея суверенной личности является не только частью наследия философской мысли, но и одним из аспектов достоинства человека, которое является антропоцентрическим фундаментом и несущим конституционным принципом Основного закона[793]. Поэтому не должна остаться недооцененной опасность чрезмерной информационной опеки граждан (Bevormundung)[794].

В-третьих, гарантирование плюрализма на стороне потребителя информации, в отличие от первых двух проанализированных дихотомий, обладает самым высоким потенциалом к расширению и интенсификации в контексте *будущего* технологического развития; это объясняет также и наш более пристальный взгляд на это явление. Техническая конвергенция и следующая за ней конвергенция медиа снижают значение плюралистического контроля за производством информации и выводят на первый план контроль за ее потреблением[795]. Для конституционно-правового измерения медиаправа это означает тектонические сдвиги. Так, в Германии и за ее пределами активно обсуждается идея, что привычное распространение публично-значимого контента через общественное вещание изживает себя, когда новые технические возможности позволяют непосредственно «встраивать» последний в стриминговые сервисы или видеоплатформы как Netflix или YouTube[796]. Снижение популярности общественного вещания, в особенности у молодежи, уже вынуждает власти принимать конкретные меры по финансовой оптимизации этого института[797] и обращаться к приоритизации как более эффективному средству продвижения

---

[792] См., например, о политическом фрейминге: Wehling, E. Politisches Framing: wie eine Nation sich ihr Denken einredet - und daraus Politik macht. Berlin: Ullstein Taschenbuch Verlag, 2018.

[793] См., например: BVerfGE 6, 32 (36); Hillgruber, C. GG Art. 1 // Epping, V., Hillgruber, C. (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz. 54. Aufl. München: C.H. Beck; 2023. Rn. 1-2.

[794] Для настоящего рассмотрения проблематика важна, *во-первых*, в связи с тем, что профессиональным сообществом гарантирование плюрализма на стороне потребителя информации подвергается критике именно как *Bevormundung,* и, *во-вторых*, поскольку обсуждаемые меры принимаются на уровне ЕС, а угроза человеческому достоинству обязательно проверяется в рамках контроля конституционной идентичности. ФКС, таким образом, имеет возможность заблокировать подобное регулирование на территории Германии, не вовлекаясь во все более политические дискуссии о пропорциональности обсуждаемых мер. См. подробнее: Hillgruber, C. GG Art. 1. Op. cit. Rn. 1-10, 52a; о критике профессиональных объединений IT-индустрии *(«приоритизация определенного медиаконтента всегда означает дискриминацию другого»)*: Stellungnahme der Verbände zum Vorschlag der Nordrhein-Westfälischen Landesregierung zur Änderung des Rundfunkstaatsvertrags. S. 2-3. URL: https://www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Presse_und_Medien/Publikationen/2017/Juli/Positionspapier_Plattformregulierung/Positionspapier-Plattformregulierung-ANGA-BITKOM-ECO-ZVEI.pdf (accessed: 01.09.2023).

[795] С точки зрения упомянутой нами в первой главе теории сетевого общества М. Кастельса можно было бы обозначить условный смартфон пользователя как критический узел, посредством которого существующее многообразие информационных предложений трансформируется в многообразие потребления информации. Аналогичное понимание см.: Oster, J. Op. cit. S. 290.

[796] Laude, L. „Hier ist Netflix mit der Tagesschau“: Streamingdienste als Alternative zu ARD und ZDF?, VerfBlog, 2021/3/25. URL: https://verfassungsblog.de/netflix-tagesschau/ (accessed: 01.09.2023).

[797] Laude, L. Op. cit. Кроме того, отмечается, что финансирование общественного вещания было сокращено во многих европейских странах: так, вещательные взносы в последние годы были отменены во Франции, Норвегии, Швеции, Финляндии, Дании и Словакии, в то же время существенно было сокращено и прямое налоговое финансирование общественных вещателей. Отмена вещательного взноса обсуждается в Германии и Великобритании. См.: Schultz, A. Die Bestandsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Wie weit kann der ÖRR beschränkt werden? // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2024. S. 989-990.

медиаконтента такого рода[798]. При этом новое регулирование, часто под предлогом неприменимости небесспорных, но традиционных гарантий независимости к детерминированным современными технологиями общественным отношениям по своей жесткости несет беспрецедентные риски для коммуникационных свобод.

Например, несмотря на принятие крайне спорных с конституционно-правовой точки зрения DSA[799] и EMFA[800], как отмечается в литературе, находятся еще более радикальные, но достаточно широко и официально представленные голоса, призывающие к введению правового регулирования, предусматривающего обязательное задействование алгоритмических систем, *«искусственного интеллекта»* для гарантирования плюрализма на стороне потребителя информации путем автоматического подбора контента[801]. Полемизируя, заметим, что граница между подобным алгоритмизированным гарантированием плюрализма и всеобъемлющим правительственным контролем за потреблением информации весьма призрачная. Во многом мнимая угроза создания пузырей фильтров, презентуемая в качестве обоснования этого подхода, как бы затмевает очевидное обстоятельство, что абзац 1 статьи 5 Основного закона гарантирует как раз «право на собственный пузырь фильтров»[802], проще говоря, предусматривает возможность образовать собственное мнение (Meinungsbildungsfreiheit)[803]. Последняя гарантия, очевидно, является неким эквивалентом не закрепленной в Основном законе свободы мысли, также охватываемой статьей 9 ЕКПЧ[804]. С развитием нейротехнологий и следующим за ним

---

[798] Например, британский медиарегулятор Ofcom, ссылаясь в том числе на описанный нами немецкий опыт в контексте введения параграфа §84 MStV в 2020 году, обосновывает необходимость развития подобного регулирования в Великобритании, по мнению немецких исследователей, однако, необоснованно, поскольку §84 MStV имеет, как уже отмечалось, крайне ограниченную сферу применения и не распространяется на существенных игроков как Netflix, Amazon Prime, YouTube и других. В любом случае подчеркивается, что подобное регулирование является тяжелым вмешательством в конституционные права частных игроков медиарынка, но может быть обосновано публичной целью гарантирования плюрализма. См.: Laude, L. Op. cit.

[799] См.: Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). OJ L 277/1, 27.10.2022. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R2065 (accessed: 01.09.2024) (далее – DSA).

[800] См.: Regulation (EU) 2024/1083 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 establishing a common framework for media services in the internal market and amending Directive 2010/13/EU (European Media Freedom Act). OJ L 17.04.2024. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32024R1083 (accessed: 01.09.2024) (далее – EMFA).

[801] Подобные меры активно обсуждаются как в Европе, так и в Германии. Например, немецкая правительственная комиссия по этике в сфере данных не просто выступает за активное гарантирование плюрализма в Интернете через создание позитивного коммуникационного порядка для социальных сетей, но и прямо рекомендует федеральным землям обязать медиапосредников применять дополнительные, одобряемые правительством алгоритмические системы для доступа к «объективному, взвешенному и плюралистичному многообразию мнений». См. доклад: Gutachten der Datenethikkommission, 2019. S. 208-209. URL: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (accessed: 01.09.2023).

[802] См.: Oster, J. Op. cit. S. 290.

[803] См.: Paulus, A. GG Art. 5 // Huber, PM., Voßkuhle, A. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 8. Aufl. München: C.H. Beck; 2024. Rn. 99, 100.

[804] См.: Schulz, W. EMRK Art. 10 Freiheit der Meinungsäußerung // Paschke, M., Berlit, W. (Hrsg.) Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2021. Rn. 17.

увеличением проницаемости *forum internum*[805] не кажется невероятным, что гарантирование плюралистического потребления информации как позитивное обязательство государства или европейских институтов имеет потенциал трансформироваться в гарантирование плюрализма мыслей, то есть в *контроль сознания*.

5. Итак, мы выяснили, что современное европейское понимание плюрализма является крайне широким и включает множество измерений, из которых были рассмотрены основные[806]: применительно к медиасфере многообразие может одновременно определяться и по форме, и по содержанию; объяснять необходимость и действия, и бездействия; иметь отправной точкой и производителя, и потребителя информации. Возможные различные комбинации этих измерений порождают новые сложные констелляции. Попутные комментарии, сделанные нами в рамках этого раздела, также дают понять, что европейский подход к пониманию плюрализма характерен и для современной Германии; взаимообусловленность национальной и европейской интерпретаций плюрализма в многоуровневой системе власти (Mehrebenensystem)[807] продолжит занимать нас и далее.

Как результат рассмотрения, однако, важно вновь зафиксировать, что актуальная широкая трактовка плюрализма по объему полностью *совпадает с категориями медиарегулирования и коммуникационной политики*[808]. Иными словами, сложно представить какую-либо политическую или правовую меру в информационной (и не только) сфере, которая бы не оказывала влияние на плюрализм: конституционно-правовая сенсибилизация этой концепции, пусть и не вполне последовательно, все последние годы только возрастала. Более того, экспансивная динамика, заложенная в наполненную противоположностями

---

[805] Речь идет, например, об активно разрабатываемых интерфейсах для управления устройствами с помощью мозговой активности (Brain-Computer Interfaces). Подробнее о конституционно-правовом осмыслении проблематики см.: Hertz, N. „Neurorechte“ – Zeit für neue Menschenrechte? URL: https://uni-freiburg.de/jura-ioeffr2/wp-content/uploads/sites/163/FIP_2023_2_Hertz_Neurorechte.pdf (accessed: 01.09.2023).

[806] Проанализированные измерения не претендуют на исчерпывающий характер, хотя с нашей точки зрения именно они являются базовыми. См. также: Mafi Gudarzi, N. Op. cit. S. 90-100.

[807] **Под многоуровневой системой власти** понимается сложная политическая структура с вертикальными и горизонтальными уровнями, которая, с одной стороны, *внутри* представлена двухуровневой федеративной конструкцией, и, с другой стороны, *вовне* участвует в европейской интеграции. На каждом из уровней существует также горизонтальный институциональный баланс. Многоуровневая система власти (Mehrebenensystem), таким образом, как бы представляется объединяющей категорией для федеративного государства (Bundesstaat) и европейского союза государств (Staaten*ver*bund). Употребляя понятие многоуровневой системы власти в настоящей работе, мы не стремимся придать ЕС государственное качество и, таким образом, размыть государственность ФРГ. Скорее мы хотим обратить внимание на *конкуренцию полюсов власти* в рамках многоуровневой системы. В области медиарегулирования она достигает весьма высокой степени интенсивности, что крайне важно для исследования. Схематично это можно представить так: обладающие содержательной компетенцией в сфере медиарегулирования федеральные земли стремятся защитить свои полномочия от централизации, продвигаемой федеральным центром, в том числе ФКС, в свою очередь, федерация старается сохранить от экспансии институтов ЕС свои релевантные для медиарегулирования компетенции в смежных сферах. В этой борьбе возможны ситуативные альянсы и иные сложные констелляции применительно к достижению конкретных политических целей. См. подробнее: Möstl, M. §1 Staat – der deutsche Bundesstaat in der EU // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 25-27.

[808] Компетенция в сфере медиарегулирования сформулирована *по предмету*, в то время как гарантирование плюрализма – *по цели*. Сконструированные по цели компетенции располагают к более динамичной экспансии. В настоящей работе мы используем категории *медиарегулирование* и *гарантирование плюрализма* как взаимозаменяемые.

категорию плюрализма, выходя за границы традиционных подходов к медиарегулированию и медиаполитике, является как важным средством конституционализации последних, так и выступает драйвером их распространения на новые общественные отношения. Наиболее ярко это проявляется, как было показано, при гарантировании плюрализма на стороне потребителя информации.

Все же для настоящей работы широкая трактовка плюрализма автоматически не ставит невыполнимую задачу по конституционно-правовому анализу европейского медиаправа в целом. Прежде всего, на европейском уровне нас интересуют только правочеловеческие измерения плюрализма, ограниченные сферой защиты четырех названных коммуникационных свобод. Очевидно, что на многообразие мнений опосредованно оказывает влияние множество относительно самостоятельных правовых областей[809], а широкое понимание вмешательства в (коммуникационное) основное право означает его сверхвосприимчивость к самым незначительным правовым изменениям в менее связанных с конституционным правом секторах правовой системы; однако, скорость, объем и интенсивность непосредственно влияющих на медиаплюрализм правовых трансформаций, происходящих в Европе, обязывают обратиться к ним в первую очередь.

Конфликт – главный лейтмотив этих трансформаций. Слаженная работа многоуровневой системы власти в Европе основана на разделении сфер влияния между центрами силы – европейскими институтами, национальными правительствами и, опосредованно, не легитимированными формально игроками – внешними по отношению к ЕС субъектами международного права и различными группами влияния. Разумеется, эта открытая для развития компетенционная модель способствует европейской интеграции и обладает необходимой гибкостью для адаптации под нужды сегодняшнего дня. Упоминавшийся нами тренд европеизации национального конституционного медиаправа, однако, имеет мало общего с ординарным пониманием евроинтеграции: с одной стороны, поощряемые на уровне ЕС неопределенность и неопределимость категории плюрализма, несовместимые с его правовым качеством, открывают путь для полного вытеснения государств-членов из области медиарегулирования. С учетом обстоятельства, что демократическая легитимация на национальном уровне происходит через выборы, во влиянии на результаты которых доминирующая роль медиа уже не оспаривается, национальные государства теряют *субстанциальную* часть суверенитета и рискуют

[809] Стоит лишь обратить внимание на сложную структуру немецких комментариев, посвященных медиаправу в целом. Так, в качестве относительно самостоятельных суботраслей права выделяется следующие области: *конституционное медиаправо и европейского право, картельное и административное медиаправо, конкурентное медиаправо, гражданское медиаправо, коммерческое медиаправо, авторское право, трудовое медиаправо, надзорное медиаправо, право защиты данных и наконец, уголовное и уголовно-процессуальное медиаправо*. Изменения в каждой из них способны оказать существенное влияние на плюрализм мнений. См.: Paschke, M., Berlit, W. (Hrsg.) Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2021.

«раствориться» в европейской публичной сфере[810]. С другой стороны, мыслим и менее вероятный сценарий: аналогичная размытость категории плюрализма на национальном уровне позволяет германским властям в значительной степени управлять общественным мнением, которое может выступить обоснованием для замедления темпов евроинтеграции или вовсе отказа от нее. Таким образом, решение вопроса, *кто будет гарантировать плюрализм*, становится для акторов европейской многоуровневой системы власти *экзистенциальным*. Интенсивность упомянутого конфликта различается в зависимости от правовых и институциональных измерений регионального сотрудничества в Европе.

§2.2. Медиаплюрализм в европейской системе защиты прав человека

1. Относительно небольшое, но в некоторых контрольных точках возрастающее значение для гарантирования плюрализма имеет защита коммуникационных свобод в рамках статьи 10 ЕКПЧ[811]. Причины сдержанности институтов в рамках Совета Европы имеют как фактическую, так и нормативную природу. Прежде всего, стоит заметить, что простор для действий этой международной организации весьма существенно ограничен ее реальными возможностями: с одной стороны, гармонизация коммуникационных порядков государств-участников с акцентом на гарантировании плюрализма наталкивается на сравнительно бóльшее разнообразие в их дизайне, причем дизайнерские решения новых

[810] В этом контексте гарантирование плюрализма на уровне ЕС не следует оценивать как «вынужденную» меру, предпринимаемую в отношении Польши или Венгрии. В действительности, оно подразумевает политическую стратегию в отношении всех стран сообщества, в том числе Германии, на официальном уровне характеризующейся удовлетворительным положением дел в этой сфере. См.: Kalbhenn, JC. Monitoring media pluralism in the digital era: application of the media pluralism monitor in the European member states and in candidate countries in 2023. Country report: Germany. EUI; RSC; Research Project Report; Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF); 2024. Речь идет именно о существенном вмешательстве в национальное медиаправо и конституционную идентичность, критический характер которого недвусмысленно подчеркивается в литературе. Указывается, что медиасвободы Основного закона необходимо защитить от *«самоуверенного» «агрессивного», «превышающего собственные полномочия»* ЕС, в противном случае ценности внутренней коммуникационной конституции будут утрачены. См.: Schwartmann, R. §20 Öffentliches Medienrecht // Heusch, A., Posser, H., Ullrich, N., et al. (Hrsg.) Verfassungsrecht in der Praxis. München: C.H. Beck; 2024. Rn. 101.

[811] Оговоримся, что сфера защиты коммуникационных свобод абзаца 1 статьи 5 Основного закона как в персональном, так и в предметном отношении в целом, за исключением нескольких спорных случаев, совпадает с содержанием свободы пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ. В определенной степени значимый для немецкого конституционного права вопрос о соотношении коммуникационных свобод между собой становится нерелевантным для соответствующей им, охватывающей весь процесс коммуникации «зонтичной» свободы в рамках Конвенции. Различия проявляются на уровне ограничений в рамках взвешивания, где определенные сферы, в первую очередь вещание, но также и пресса, демонстрируют обособление. Проверка вмешательства на его пропорциональность цели в практике ЕСПЧ менее структурирована и является более гибкой, чем в немецком конституционном праве. См. подробнее: Fechner, F. Medienrecht: Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk und Multimedia Tübingen, 2021. S. 220; Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 10-19.

членов нечасто соответствуют устоявшимся традициям[812]. С другой стороны, как справедливо отмечается в литературе, будущее самого Совета Европы остается неопределенным: в условиях динамичного усиления активности ЕС, что означает как территориальную экспансию, так и интенсификацию регулирования, в последнее время и в коммуникационной сфере, а также в связи с геополитическими трансформациями последних пяти лет, Совет Европы потерял свою эксклюзивность как форум для панъевропейского диалога преимущественно вне трансатлантической повестки[813].

Нормативное содержание статьи 10 ЕКПЧ также не располагает к широкой активности в сфере гарантирования плюрализма. Причины этого кроются в формулировках нормы, подразумевающих единую коммуникационную свободу. В то время как в Германии догматической и нормативной самостоятельностью обладают, с одной стороны, более классические либеральные свободы выражения мнения и информации, гарантирующие индивидуальную коммуникацию, и, с другой стороны, институционально ориентированные свободы вещания и прессы, защищающие массовую коммуникацию, однополярная концепция коммуникационной свободы в рамках ЕКПЧ, хотя и не исключает, например, привилегирование медиа и журналистов на уровне оценки вмешательства, однако, затрудняет процесс концептуального обособления регулирования в рамках отдельных коммуникационных свобод[814]. Таким образом, традиционное для Германии принципиальное различие в оформлении свободы прессы и свободы вещания как ориентированных на противоположные принципы внешнего и внутреннего плюрализма сложнее согласовать с логикой европейской нормы[815].

---

[812] Об этом убедительно говорит статистика нарушений статьи 10 ЕКПЧ, см. за 2024 год: Violations by Article and by State. URL: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-violation-2024-eng (accessed: 01.12.2024).

[813] Ведущиеся в литературе критические дискуссии о будущем Совета Европы имеют богатую историю. После завершения Холодной войны эта организация перестала быть исключительно западноевропейским клубом и получила одновременно шанс и испытание стать площадкой для диалога с бывшими государствами восточного блока. Успех проекта, однако, был поставлен под угрозу, с одной стороны, конкуренцией со стороны Европейского союза, дублировавшего сходные по предметной занятости институты на своем уровне и устанавливавшего более тесные отношения с восточноевропейскими государствами, ранее принадлежавшими к относительно «эксклюзивной» зоне влияния Совета Европы, с другой стороны, глубокими различиями между старыми и новыми участниками. Не последнюю роль в определении политического веса Совета Европы играл диалог с Россией, формат которого обещал меньшую конфронтационность, чем в рамках ЕС и НАТО. См. подробнее: Brummer, K. Der Europarat: ein Vergessener mit Zukunft // GWP - Gesellschaft. Wirtschaft. Politik, 2010, 59(1). S. 65-68, 74. С течением времени политическое положение Совета Европы по всем названным направлениям ухудшилось. Важнейшей вехой, возможно, закрывшей долгосрочную перспективу организации, стал предпринятый по инициативе Совета Европы неконструктивный разрыв диалога с Россией. Негативные последствия разрыва сотрудничества с Россией имеют для Совета Европы также финансовое измерение. Вместе с этим линии ЕСПЧ не во всем придерживаются Великобритания и Швейцария; политическая повестка этих стран включает обсуждение идеи выхода из ЕКПЧ. См. подробнее о проблемах Совета Европы в интервью директора Немецкого института прав человека: Europarat muss Motor des Menschenrechtsschutzes bleiben. URL: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/aktuelles/detail/europarat-muss-motor-des-menschenrechtsschutzes-bleiben (accessed: 01.09.2024).

[814] Преимуществом концепции единой коммуникационной свободы в рамках статьи 10 ЕКПЧ может являться ее роль в способствовании конвергенции регулирования в сферах вещания и прессы, отвечающей технологическому развитию. См.: Kühling, J. §28. Medienfreiheit (Rundfunk-, Presse- und Filmfreiheit) // Heselhaus, FSM., Nowak, C. (Hrsg.) Handbuch der Europäischen Grundrechte. 2. Aufl. München: C.H. Beck, 2020. Rn. 6-7.

[815] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 81-86.

Кроме того, в тексте пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ категория плюрализма отдельно не упоминается, а в пункте 2 этой же статьи она не перечисляется среди допустимых для ограничения свободы выражения мнения целей. Больший интерес в контексте гарантирования плюрализма представляет предложение 3 пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ, устанавливающее оговорку о предоставлении государствам-участникам возможности осуществлять лицензирование радиовещательных, телевизионных или кинематографических предприятий, не затрагивая при этом свободу выражения мнения. Очевидно, что как причины, так и условия лицензирования могут быть связаны с намерением государств-участников гарантировать плюрализм[816]. Более того, частные вещатели вовсе могут не допускаться на рынок по мотивам более эффективного гарантирования (внутреннего) плюрализма со стороны системы общественного вещания[817].

Интенсивность последней меры сделала взаимосвязь предложения 3 пункта 1 и пункта 2 статьи 10 ЕКПЧ предметом принципиального спора: дает ли оговорка о лицензировании в сфере вещания государствам-участникам такие же широкие и не трактуемые в качестве ограничений в рамках пункта 2 названной статьи полномочия по оформлению позитивного правового порядка, какие ФКС выводит из абзаца 1 статьи 5 Основного закона в отношении вещательной сферы? Европейская комиссия по правам человека сначала отвечала на вопрос утвердительно; ЕСПЧ, однако, не последовал этой практике и стал рассматривать лицензирование как часть ограничений[818]. В практическом измерении это означает, что суд в Страсбурге в поздней практике стал заметно больше

---

[816] См.: Харрис, Д., О'Бойл, М., Уорбрик, С. Право Европейской конвенции по правам человека. Науч. изд., 2-е издание, дополн. М.: Развитие правовых систем, 2019. С. 864-865.

[817] Хотя в прошлом создание монополии общественного вещания и допускалось на основе предложения 3 пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ, на сегодняшний день ЕСПЧ придерживается мнения, что обосновать существование такой монополии и, следовательно, недопуск частных вещателей на рынок, едва ли возможно, прежде всего, благодаря техническому прогрессу и открывающимся в связи с ним возможностям менее интенсивного вмешательства в свободу выражения мнения ради гарантирования плюрализма. См. подробнее: Cornils, M. EMRK Art. 10 Freiheit der Meinungsäußerung // Gersdorf, H., Paal, BP. (Hrsg.) BeckOK Informations- und Medienrecht. 46. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 72-73. Изменение позиции связано с масштабной приватизацией вещательной сферы в Европе после разрушения биполярной системы. См. подробнее о преодолении монополий общественного вещания в разных европейских странах: Nikoltchev, S. (Hrsg.) Die öffentlich-rechtliche Rundfunkkultur. Straßburg: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, 2007.

[818] Таким образом, гарантирование плюрализма оценивается судом как ограничение свободы выражения мнения, вытекающее из цели защиты прав других лиц. Меры, принимаемые в рамках предложения 3 пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ, хотя прямо могут не соответствовать названным во втором пункте этой же статьи целям, более не освобождаются от проверки на соответствие им. Таким образом, норма предложения 3 пункта 1 названной статьи, целью которой являлась защита вещательных монополий, потеряла свою значимую роль, однако, она еще может выступать обоснованием некоторых технических ограничений при лицензировании. См. подробнее: Groppera Radio AG v. Switzerland, A 173 (1990), 12 EHRR 321, §61, 69; Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit // Dörr, O., Grote, R., Marauhn, T., et al. (Hrsg.) EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. Rn. 21, 68. В то же время расположение предложения 3 пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ, в особенности при его сопоставлении с предложением 2 пункта 2 статьи 11 Конвенции, представляющего собой схожую оговорку, позволяет предполагать, что текстуально лицензирование вещания мыслилось *вне* сферы защиты свободы выражения мнения, а не являлось ее ограничением. В последнем случае оговорка о лицензировании вещания теряла бы свое значение. См. иное мнение: Daiber, B. EMRK Art. 10 Freiheit der Meinungsäußerung. // Meyer-Ladewig, J., Nettesheim, M., Raumer, S. (Hrsg.) EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2023. Rn. 28, 29.

внимания уделять проверке принятых государствами-участниками мер, направленных на гарантирование плюрализма. Однако, едва ли стоит считать это усилением защиты свободы выражения мнения от государственных поползновений, например, по установлению монополий общественного вещания, ведь вместе с отходом от буквальной интерпретации оговорки о лицензировании теряется и ее привязка к вещательному сектору, что открывает возможности для обоснования схожих по интенсивности мер по гарантированию плюрализма, например, в сфере прессы. Скорее, отход от текста Конвенции служил укреплению власти суда.

Очерченная трансформация, происходившая в рамках развития демократически-функционального подхода к основным правам[819], обращает внимание на два проблемных вопроса. Во-первых, она сигнализирует как о расширении понятия вмешательства в основное право на свободу выражения мнения, так и сферы его защиты[820]. Для немецкого конституционного права это расширение имеет важное значение: оно затрагивает сферу, которая в соответствии с абзацем 1 статьи 5 Основного закона понимается, напротив, как пространство для оформления позитивного правового порядка, не являющегося ограничением[821]. Иными словами, меры по гарантированию плюрализма, принимаемые немецким земельным законодателем в вещательной сфере, не являются ограничениями коммуникационных свобод в соответствии с абзацем 2 статьи 5 Основного закона. Во-вторых, названное расширение происходит не за счет усиления индивидуально-субъективного измерения свободы выражения мнения, а путем акцентуирования ее демократически-функционального аспекта[822]. Смещение фокуса внимания с

---

[819] Отмечается, что ЕСПЧ традиционно был более сдержанным в развитии объективно-правового содержания основных прав, чем ФКС. Однако, с течением времени в его практике становится все более заметным дополнение (или *вытеснение*) классического измерения свободы выражения мнения объективно-правовым содержанием, связанным с приписываемой медиа роли «сторожевого пса» в демократическом обществе. Гарантирование плюрализма, без сомнения, является основным элементом объективно-правового измерения свободы выражения мнения; однако, в ранней практике оно еще не обрастает относительно самостоятельной догматикой и проецируется на индивидуально-субъективное измерение на уровне ограничений в рамках пункта 2 статьи 10 ЕКПЧ, что также демонстрирует пример изменения подхода к оговорке о лицензировании. См.: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 16-17.

[820] В литературе подтверждается, что ЕСПЧ ориентируется на экстенсивные, крайне размытые определения сферы защиты и понятия вмешательства в свободу выражения мнения, которые едва ли выполняют заслуживающую упоминания фильтрационную функцию. Скорее, пределы свободы выражения мнения проявляются посредством конкретизации ограничений пункта 2 статьи 10 ЕКПЧ через взвешивание. См.: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 25-26.

[821] Упомянутое оформление позитивного правового порядка в вещательном секторе (Ausgestaltung der Rundfunkordnung) освобождается от полной проверки пропорциональности и характеризуется широкой дискрецией законодателя; при этом лицензирование вещателей, служащее в Германии в первую очередь гарантированию плюрализма, интерпретируется именно как оформление, а не ограничение. См. подробнее: Schulz, W. EMRK Art. 10. Op. cit. Rn. 40; Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 22.

[822] Речь идет о понимании свободы выражения мнения не только как средства для индивидуального развития личности, но и как непреложной предпосылки для прогресса либеральной демократии. См., например: Lingens v. Austria, A 103 (1986), 8 EHRR 407, §41-42; Handyside v. UK, A 24 (1976), 1 EHRR 737, §49. Хотя широко распространено мнение, что признание последнего, демократически-функционального измерения свободы выражения мнения дополняет и усиливает ее классический либеральный компонент, все же на уровне ограничений нельзя не заметить ослабление защиты третьих лиц, если их права коллидируют с важным для демократической дискуссии вопросом. Проблемой является и то, что суд, уполномоченный определять, является ли вопрос вкладом в демократическую дискуссию,

коммуникационных свобод как гарантий индивидуального развития на их важную роль для демократического общества в целом было хорошо заметно и при анализе немецкого подхода. Но есть и существенное отличие: если в Германии объективно-правовое измерение коммуникационных свобод сопровождается относительно самостоятельной догматикой, например, в рамках идеи о служащей свободе вещания, то ЕСПЧ в ранней практике по свободе выражения мнения стремился обходиться традиционной индивидуально-субъективной концепцией основного права[823]: то есть по существу системные медиаполитические вопросы, релевантные для гарантирования плюрализма, проецировались на уровень ограничений индивидуально-субъективной свободы выражения мнения. Это было обусловлено как малопригодностью нормативной конструкции статьи 10 ЕКПЧ для выведения из нее самостоятельного объективно-правового содержания[824], так и в целом ориентацией Римской конвенции на классическое либеральное понимание прав человека[825].

Неубедительность и опасность подобной гибридизации требуют пояснения. ЕСПЧ признает, что, с одной стороны, меры по гарантированию плюрализма имеют объективно-правовой характер, потому что способствуют созданию рамочных условий для реализации свободы статьи 10 ЕКПЧ в демократическом обществе, с другой стороны, они же представляют собой вмешательство в нее, ведь гарантирование плюрализма связано с определенными ограничениями субъективного права, например, в рамках лицензирования вещательной организации под условием допуска разнообразных точек зрения[826]. Одновременно с этим страсбургская практика признает меры по гарантированию плюрализма допустимыми ограничениями в целях защиты прав других лиц[827], что, в

получает таким образом возможность снижать или увеличивать объем защиты. В литературе, однако, справедливо признается, что текстуально пункт 2 статьи 10 ЕКПЧ дает некоторую основу для развития демократически-функционального подхода *(«необходимы в демократическом обществе»)*. См. подробнее: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 12-14.

[823] См.: Kühling, J. §28. Medienfreiheit Op. cit. Rn. 38-39.

[824] Стоит оговориться, однако, что в ходе современной трансатлантической гармонизации понимания основных прав догматические различия в позициях ФКС и ЕСПЧ размываются: так, ЕСПЧ интенсивно развивает позитивные обязательства на основе статьи 10 ЕКПЧ, а ФКС использует демократически-функциональный подход на уровне ограничений абзаца 2 статьи 5 Основного закона. Но в общих чертах отличия все еще сохраняются: на европейском уровне так и не были развиты сравнимые с немецким конституционным правом концепции объективно-правового содержания коммуникационных свобод, в частности, свободы вещания. См. подробнее: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 24; Kühling, J. §28. Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 21.

[825] В литературе отмечается, что на европейском уровне, в том числе в рамках ЕКПЧ, признается приоритет классического измерения коммуникационных свобод, то есть они рассматриваются, прежде всего, как субъективные права на оборону от государственного вмешательства исполнительной или законодательной властей со стороны государств-участников и европейских институтов. См.: Kühling, J. §28. Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 21.

[826] Ibid.

[827] В литературе отмечается, что «защита прав других лиц» в рамках пункта 2 статьи 10 ЕКПЧ не требует индивидуализации, то есть определения конкретных подлежащих защите персон, и поэтому может охватывать очень широкие категории, как, например, «защита эффективной демократии» – абстрактную, в действительности объективно-правовую защиту основ европейского публичного порядка, конституционно-правового фундамента демократического общества. Гарантирование плюрализма, разумеется, можно представить как меру по защите демократии. Такая широкая интерпретация текста ЕКПЧ, однако, означает немалые риски, что хорошо акцентируется в литературе: в страсбургской

конечном итоге, делает мыслимым и *субъективное притязание на гарантирование плюрализма*, то есть квалификацию государственного бездействия в области гарантирования плюрализма в качестве вмешательства в субъективную свободу выражения мнения[828]. Образовавшаяся многополярность в правоотношениях и ослабление догматической строгости субъективно-правового измерения свободы статьи 10 ЕКПЧ, на наш взгляд, играют позитивную роль только для неоднозначного судебного активизма, ослабляя позиции как государства-участника Римской конвенции, так и индивида[829]. Все же спорно, однако, что догматически более строгая немецкая модель обладает по сравнению с подходом ЕСПЧ заметными преимуществами в сохранении классического содержания свободы выражения мнения [830].

Широкие *теоретико-догматические* возможности вмешательства ЕСПЧ в национальные коммуникационные порядки, возникающие в связи с применением динамически-эволютивного толкования Конвенции, компенсируются предоставлением государствам-участникам *объемной дискреции* (margin of appreciation) по гарантированию плюрализма[831]. Однако, об уважении этой дискреции со стороны ЕСПЧ можно спорить; во всяком случае, страсбургская практика не следует принципу субсидиарности последовательно, а критерии, обосновывающие увеличение интенсивности вмешательства со стороны ЕСПЧ, остаются размытыми[832]. Так, принимаемые судом меры для обеспечения

практике прослеживается тенденция расширения категории «защиты прав других лиц» до общей клаузулы, в которую потенциально попадает *любое* вмешательство, не соответствующее иным целям пункта 2 статьи 10 Конвенции. См. подробнее: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 21, 91-92.

[828] Признается, что это было бы слишком радикальным расширением индивидуально-субъективного измерения свободы выражения мнения; догматически убедительнее, разумеется, выводить принцип плюрализма из объективно-правового содержания основного права. См.: Kühling, J. §28. Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 45.

[829] *Ослабление позиции индивида* влечет признание гарантирования плюрализма в качестве направленной на защиту прав других лиц цели, что открывает неисчерпаемый источник для ограничения субъективной свободы выражения мнения. *Ослабление позиции государства-участника Конвенции* вызывается признанием любой государственной меры, направленной на гарантирование плюрализма, вмешательством в субъективную свободу выражения мнения.

[830] В литературе представлены различные взгляды. *Немецкая модель*, с одной стороны, действительно выглядит более логично с догматической точки зрения, потому что гарантирование плюрализма органически относится не к субъективному, а к объективно-правовому измерению основного права. Кроме того, высокая интенсивность мер государственного вмешательства (например, функционирование общественного вещания) компенсируется более четко очерченной сферой их применения (например, с конституционно-правовой точки зрения функционирование общественной прессы не допускается). С другой стороны, создание в регулировании коммуникации зоны действия законодателя, которая исключается из сферы защиты коммуникационных свобод абзаца 1 статьи 5 Основного закона, создает риски для государственной инструментализации, а отдельно очерченные сферы с разной интенсивностью вмешательства для гарантирования плюрализма (вещание, пресса) теряют свои четкие контуры в связи с техническим прогрессом. *Европейская модель* из-за названных недостатков не восприняла в полной мере немецкий опыт. Преимуществами европейской модели можно считать ее адекватность медиаконвергенции и гибкость. Однако с гибкостью также теряется и сдерживающий эффект, в особенности в отношении активизма самого Страсбургского суда. См. подробнее: Kühling, J. §28. Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 46, 49.

[831] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Op.cit. P. 547.

[832] В литературе емко подмечается эта проблема: с одной стороны, широкая дискреция, предоставляемая государствам-членам в рамках ЕКПЧ направлена на уважение традиций и особенностей государств-членов, с другой стороны, международная защита прав человека, как правило, требуется тем, кто вступает в конфликт с национальными традициями. ЕСПЧ постоянно увеличивает интенсивность контроля с целью унификации стандарта защиты прав человека в Европе на основе концепции европейского публичного порядка, что критикуется как выход за пределы

плюрализма в аудиовизуальном секторе могут быть крайне строгими и интенсивными для государств-участников Конвенции: ЕСПЧ признал монополию общественного вещания в Австрии нарушением статьи 10 ЕКПЧ, что повлекло *системные* трансформации коммуникационного порядка этой страны – допуск на рынок частных вещателей в целях обеспечения внешнего плюрализма[833]. Схожий конфликт можно было бы помыслить и по поводу немецкой системы общественного вещания, которая до середины 80-х годов также обладала монопольным положением[834]. Здесь стоит вспомнить, что предложение 3 пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ мыслилось как раз для защиты монопольного положения общественного вещания[835].

Таким образом, имеющийся в распоряжении суда в Страсбурге инструментарий, ограниченный классическим пониманием прав человека, хорошо пригоден для обеспечения внешнего плюрализма, то есть пресечения действий государств-участников по недопуску различных игроков на вещательный рынок. Хотя, как показывает опыт Австрии, такие меры могут быть весьма жесткими, их недостатком является отсутствие многовекторности, что ограничивает власть суда: ЕСПЧ может влиять на допуск на рынок конкретного вещателя, но сфера внутренней организации медиа остается для него заповедной зоной. Как мы уже отмечали выше, только использование противоречия между внешним и внутренним плюрализмом дает необходимые возможности для института (неважно, европейский ли это законодатель, ФКС, ЕСПЧ или Суд Европейского союза) влиять на практически *любую* медиаполитическую меру. Поэтому ЕСПЧ для усиления собственной роли необходимо было развить требования к гарантиям внутреннего плюрализма, при этом сохранив существующие рычаги в отношении внешнего плюрализма. Именно это суд в итоге и сделал[836], то есть взял на себя полномочие оценивать *соотношение* внешнего и внутреннего

Конвенции. См.: Krieger, H. Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität? // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. 2014. Vol. 74, №2. S. 198-199, 205, 209. Справедливо подчеркивается, что объемная автономия государств-участников в рамках статьи 10 ЕКПЧ в действительности подвергается в определенных аспектах весьма существенным ограничениям по двум основаниям: с точки зрения общеевропейского консенсуса, а также в связи с функцией свободы выражения мнения в демократическом обществе. См.: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 27.

[833] См.: Informationsverein Lentia v. Austria. Judgment of 24.11.1993. Application no. 17207/90, §39; Schulz, W. EMRK Art. 10. Op. cit. Rn. 2. Оговоримся, что действовавшие в Австрии ограничения для частного вещания являются спорными. Однако вовлечение суда в активную дискуссию не о правовых, а об экономических и медиаполитических аргументах, проверка которых судебной инстанцией едва ли возможна из-за недостаточности ресурсов для ее проведения, говорит скорее о его стремлении подменить парламентские институты, в том числе международные. Приводимая в деле со стороны государства экономическая аргументация о малых размерах национального рынка для развития конкуренции в среде частных вещателей является скорее медиаполитическим решением, чем правовой позицией, которая может быть подтверждена или опровергнута судом.

[834] См.: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 24.

[835] См.: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 69, 142.

[836] В частности, суд отмечал, что ни один из аспектов плюрализма, внутреннего или внешнего, не следует рассматривать *изолировано* друг от друга, а скорее *в сочетании* одного с другим. Таким образом, в национальной системе лицензирования, включающей определенное количество вещателей с национальным охватом, то, что может рассматриваться как отсутствие внутреннего плюрализма в программах, предлагаемых одним вещателем, может быть компенсировано существованием эффективного внешнего плюрализма. См. подробнее: NIT S.R.L. v. the Republic of

плюрализма в рамках коммуникационного порядка государства-участника ЕКПЧ; такое соотношение, разумеется, является для национального государства экзистенциальным медиаполитическим и конституционно-правовым вопросом, весьма далеким от текста Конвенции.

2. Гарантирование внутреннего плюрализма, то есть разработку позитивных мер по внутренней организации медиа, затруднительно согласовать с классическим пониманием прав человека[837], поэтому статья 10 Конвенции стала рассматриваться как источник ряда *позитивных обязательств* (positive obligations)[838], важнейшее среди которых – обязанность государства-участника гарантировать плюрализм, в особенности в аудиовизуальном секторе[839]. Таким образом, суд сделал шаг от очерченного нами выше гибридного подхода, основой которого являлось классическое понимание прав человека, в сторону признания их объективно-правового содержания, ведь позитивные обязательства, без сомнения, являются антиподом индивидуально-субъективного измерения основных прав; несмотря на то, что в академической литературе представлены и другие мнения, обоснование позитивного обязательства в рамках классического измерения основных прав весьма непросто: главное возражение связано с тем, что к вмешательству в основное право со стороны государства нельзя приравнять государственное непредотвращение вмешательства в права индивида со стороны третьего лица[840].

Moldova. Judgment of 5 April 2022. Application no. 28470/12. §189, 190. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216872 (accessed: 01.11.2023).

[837] Альтернативой мыслится признание внутренней свободы (freedom within the media) как в аудиовизуальном секторе, так и в прессе – суд мог бы использовать классическую либеральную догматику основных прав, взвешивая и противопоставляя друг другу свободу выражения мнения издателя и журналистов. Против такого подхода, однако, убедительно возражают в литературе: это бы разрушило логику ЕКПЧ, превратив оговорку пункта 2 статьи 10 о защите прав других лиц в ничем не ограниченное политическое основание для принятия любых мер, ограничивающих свободу выражения мнения; кроме того, журналистам и редакторам не может быть гарантирована неограниченная ни рынком, ни государством публицистическая власть. См. подробнее: Kloepfer, M. Innere Pressefreiheit und Tendenzschutz im Lichte des Artikels 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Op. cit. S. 167-171.

[838] Речь идет о государственных обязательствах по защите правовых благ индивида от опасностей, исходящих не от государства, а от частных лиц. Позитивные обязательства выводятся как из Конвенции, так и из Основного закона; первые по своему предназначению совпадают с объективно-правовым измерением основных прав, разработанным в практике ФКС. При этом в рамках ЕКПЧ отсутствует единая теория позитивных обязательств, скорее, страсбургская практика исходит из конкретных дел, при рассмотрении которых суд ссылается как на общую гарантию статьи 1 ЕКПЧ, так и на статьи, гарантирующие затронутые в деле конкретные свободы. См. подробнее: Krieger, H. Funktionen von Grund- und Menschenrechten // Dörr, O., Grote, R., Marauhn, T., et al. (Hrsg.) EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. Rn. 24-32.

[839] О гарантировании плюрализма в аудиовизуальном секторе: «Без плюрализма не может быть демократии. Демократия процветает благодаря свободе слова». См.: Centro Europa 7 S. r. l., Di Stefano v. Italy, 38433/09, Judgment of 07.06.2012. §129. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216872 (accessed: 01.11.2023). «Государство – окончательный гарант плюрализма». См.: Manole and others v. Moldova, 13936/02, Judgment of 17.12.2009, §107.

[840] По этой причине практика ЕСПЧ, за немногочисленными исключениями, четко отделяет позитивные обязательства от негативных обязательств государств не вмешиваться в основные права. Позитивные обязательства в отличие от последних предполагают выбор государством подходящих средств, но не определенный результат. См. подробнее: Krieger, H. Funktionen von Grund- und Menschenrechten. Op. cit. Rn. 35. Такая же точка зрения преобладает в немецком конституционном праве: «поведение третьих лиц, которые вмешиваются в свободу других, не вызывает активацию субъективно-оборонительного содержания основного права». Указывается, что роль государства как третьего полюса в этих правоотношениях коренится в объективно-правовом измерении основных прав. См. подробнее: Dolderer, M. Objektive Grundrechtsgehalte. Op. cit. S. 189-196. Однако, не всегда такое отграничение возможно, и не всегда оно

Движение практики ЕСПЧ в сторону позитивных обязательств по гарантированию плюрализма следует рассматривать как концептуальное сближение с подходами ФКС[841]; в сущности, оба суда избрали позитивные обязательства в качестве магистрального пути наполнения коммуникационных основных прав объективно-правовым содержанием, в особенности, в вещательном секторе[842]. Альтернативный же путь, связанный с опосредованным действием основных прав между частными лицами (mittelbare Drittwirkung)[843], используется скорее субсидиарно и приобретает бóльшее значение в секторе прессы в конституционном праве Германии, где ФКС традиционно сильнее уважает классическое либеральное измерение основных прав. Относительно использования аналогичной mittelbare Drittwirkung конструкции на уровне ЕСПЧ необходимо уточнить, что по ряду убедительных причин задействование такого мощного инструмента свойственно только национальному конституционному праву[844].

Стоит, однако, оговориться, что сближение между судами произошло в методах, но не по предмету: из-за общей неопределенности категории плюрализма, а также противоречия между принципами внутреннего и внешнего плюрализма в результате конкретного взвешивания нарушением статьи 10 ЕКПЧ вполне возможно признать и немецкую систему общественного вещания, например, в аспекте отсутствия эффективных гарантий ее независимости от государства. Представляется, что сдержанность суда в Страсбурге в этом направлении объясняется реальнополитическими границами его деятельности, о чем также говорилось выше.

По этим же причинам в рамках настоящего рассмотрения мы уделили больше внимания методам действия Страсбургского суда, чем содержанию позитивных обязательств по гарантированию плюрализма: их концепт в целом соответствует уже рассмотренным нами Рекомендациям Комитета Министров государствам-участникам Совета Европы, на

проводится четко: признается, например, что дело Centro Europa 7 S. r. l., Di Stefano v. Italy можно реконструировать как в оборонительной догматике, так и с помощью позитивных обязательств. См.: Cornils, M. EMRK Art. 10. Op. cit. Rn. 37, 38.

[841] ЕСПЧ даже связывал позитивные обязательства с *объективным ценностным порядком*, что является для ФКС источником функционализации основных прав и выведения из них позитивных обязательств в немецком конституционном праве. См.: Krieger, H. Funktionen von Grund- und Menschenrechten. Op. cit. Rn. 31, 36.

[842] См.: Cornils, M. EMRK Art. 10. Op. cit. Rn. 9-11.1; Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 24.

[843] См. подробнее: Drittwirkung von Grundrechten. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag, 2023. S. 3-5. URL: https://www.bundestag.de/resource/blob/982408/faf0a2c8f1654247bf93cc9d9a7da370/WD-3-132-23-pdf.pdf (accessed: 01.09.2024); Krieger, H. Positive Verpflichtungen unter der EMRK. Op. cit. S. 191.

[844] Неиспользование подобной конструкции на европейском уровне обусловлено, *во-первых*, различным статусом ЕКПЧ в иерархии национальных правопорядков, *во-вторых*, существованием принципа субсидиарности и зоны усмотрения государств-участников, с чем идея mittelbare Drittwirkung активно бы конфликтовала, *в-третьих*, недопустимостью уменьшения защиты основных прав, гарантированных Основным законом, посредством толкования международно-правовых обязательств, ведь в многополярных правоотношениях увеличение свободы для одного частного субъекта скорее всего будет означать ее уменьшение для другого. См. подробнее: Krieger, H. Funktionen von Grund- und Menschenrechten. Op. cit. Rn. 81-91.

которые ЕСПЧ активно ссылается в ходе своей практики[845]. Кроме того, поскольку основные опорные положения последних позитивированы во вторичном праве Европейского союза, во многом в более жесткой форме, имеет смысл рассмотреть их в контексте анализа соответствующего регулирования.

3. Оставляя общую критику идеи позитивных обязательств в качестве побочной проблемы, следует расставить некоторые акценты относительно содержания позитивных обязательств по гарантированию плюрализма в практике ЕСПЧ[846].

Таковые условно можно разделить на две группы. Во-первых, позитивные обязательства, которые *непосредственно* направлены на гарантирование плюрализма и названы *эксплицитно*. Эта группа связана с обеспечением многообразия мнений в аудиовизуальном секторе и находится в традиции очерченного выше широкого европейского понимания плюрализма: государство должно принимать разнообразный спектр мер, направленных как на внешний, так и на внутренний плюрализм[847]; внутреннему плюрализму в самом строгом, содержательном аспекте ЕСПЧ в последнее время уделяет особенно много внимания. Это объяснимо, так как радикально снижает сдерживающий эффект классической догматики в отношении Страсбургского суда.

Не углубляясь в анализ противоречивой казуистики, поясним данное суждение на одном примере. Используя принцип внутреннего плюрализма, в 2022 году суд признал соответствующим статье 10 ЕКПЧ закрытие крупнейшего оппозиционного проевропейским силам телеканала NIT в Молдавии по мотивам отсутствия в его программах плюрализма мнений[848]. ЕСПЧ встал на защиту национального законодательства, содержащего

---

[845] См. подраздел 1 §2.1. Об упомянутых рекомендациях по тематике плюрализма в привязке к конкретным делам см. подробнее: Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Updated on 31 August 2024. URL: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_10_eng (accessed: 01.09.2024).

[846] В связи с усилением демократически-функционального подхода к коммуникационным свободам (следовательно, признанием обстоятельства, что одного только запрета государственного вмешательства для защиты свободы выражения мнения уже недостаточно) ЕСПЧ на современном этапе разработал *обширный каталог* позитивных обязательств, выводимых из статьи 10 ЕКПЧ. К ним относятся общее обязательство защищать эффективную реализацию свободы выражения мнения от злоупотреблений частных лиц, а также конкретизированные обязательства принимать меры по защите журналистов и прессы, гарантировать плюрализм, в особенности, в аудиовизуальном секторе, обеспечивать независимость общественного вещания, создать подходящий правовой порядок для распределения частот среди вещателей и другие. Признается, что наибольшая интенсивность позитивных обязательств наблюдается в аудиовизуальном секторе по поводу гарантирования плюрализма. См. подробнее: Kühling, J. §28. Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 38-39, 55; Daiber, B. EMRK Art. 10. Op. cit. Rn. 69.

[847] См.: Cornils, M. EMRK Art. 10. Op. cit. Rn. 11. ЕСПЧ исходит из идеи, что плюрализм должен быть гарантирован *в общем*, то есть недостатки системы частного вещания должны компенсироваться общественными вещателями, и наоборот. Эта идея совпадает с практикой ФКС по статье 5 Основного закона. Кроме того, ЕСПЧ предлагает в рамках гарантирования плюрализма сбалансировать различные виды медиа (например, Интернет и классические медиа). Конкретные меры по гарантированию плюрализма, тем не менее, ЕСПЧ не предписывает – чаще суд ссылается на рассмотренные рекомендации Совета Европы, которые не имеют обязательного характера. См. Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Op.cit. P. 542-547.

[848] NIT S.R.L. v. Republic of Moldova, 28470/12, Judgment of 05.04.2022; Zeitzmann, S. Republik Moldau: Entzug der Sendelizenz wegen fehlenden inneren Pluralismus des Programms – EGMR, Urt. v. 5.4.2022 – 28470/12 (NIT S.R.L. gegen Republik Moldau [Große Kammer]) // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2022. Vol. 53. №3. S. 213-214. Примечательно, что это первое дело, в котором суд оправдал отзыв лицензии, то есть направленное против внешнего плюрализма вмешательство, ссылками на достаточные законодательные гарантии внутреннего плюрализма.

расплывчатые формулировки в духе упомянутой американской «доктрины справедливости» эпохи Холодной войны о необходимости содержательного разнообразия представляемых в телепрограмме мнений и обязательства «неискажения реальности»[849]. Поскольку все существующие мнения в телепрограмме представить невозможно, вопрос о достаточной плюралистичности вещания является предметом оценки надзорного органа со спорной автономией[850]. Суд, признавая ценность предоставления нейтральной и разнообразной политической информации как части позитивного обязательства по гарантированию (внутреннего содержательного) плюрализма в аудиовизуальном секторе, противопоставил их классическому измерению свободы выражения мнения и обосновал таким образом нарушение принципа внешнего плюрализма – лишение лицензии оппозиционного телеканала. Иными словами, исполнение позитивного обязательства по гарантированию внутреннего плюрализма «перевесило» направленное на внешний плюрализм классическое измерение свободы выражения мнения. Здесь стоит вспомнить упомянутое выше дело против Австрии, в котором суд настаивал на прямо противоположном, защищая внешний плюрализм и выражая недоверие внутреннему плюрализму в рамках системы общественного вещания[851].

Таким образом, противопоставляя разнонаправленные принципы внешнего и внутреннего плюрализма, суд получает возможность определить единственно допустимый *оптимум (*или, как упоминалось ранее, *соотношение*). Позитивное обязательство, по своей нормативной природе предполагающее дискрецию государства-участника Конвенции по выбору из широкого каталога мер, способствующих достижению цели гарантирования плюрализма, трансформируется в требование воплощения одного конкретного результата. Возможность требовать такого результата легко конвертируется в политическое влияние. Возвращаясь к молдавскому делу – о его политической подоплеке утверждал не только

---

[849] О глубокой проверке содержания вещательной программы и о спорной методологии такой проверки, проведенной национальным медиарегулятором, в одобрительном ключе упоминается в решении Страсбургского суда. Так, например, проверялись доказательства высказанных журналистами суждений и оценивалась общая тенденция (позитивная или негативная) в отношении национальных политических партий. Национальный медиарегулятор на основе применимого законодательства фиксировал, что программа канала «искажала реальность посредством манипуляций в последующей обработке материала, комментариев и заголовков» и была «недостаточно точной». См.: NIT S.R.L. v. Republic of Moldova. Op. cit. §212-214, 219.

[850] *Существенные вопросы к независимости* молдавского национального медиарегулятора обсуждаются в решении суда, хотя ЕСПЧ в итоге не прислушивается к этим аргументам. На недостатки такой оценки указывается в особом мнении. Аналогичные сомнения высказывали и другие международные институты. В сущности, поскольку правящая партия может сформировать состав медиарегулятора, достигнув простого, а не квалифицированного большинства голосов, речь идет о правительственном контроле за осуществлением медианадзора. См.: NIT S.R.L. v. Republic of Moldova. Op. cit. §205-206, 222; Joint dissenting opinion of judges Lemmens, Jelić and Pavli. Recital 11.

[851] Разумеется, в двух делах можно найти фактические обстоятельства, которые помогут оправдать различный подход ЕСПЧ. На наш взгляд, однако, стоит лишь обратить внимание на «технологическую» аргументацию суда, чтобы понять суть проблемы. В молдавском деле суд, по состоянию на 2012 год, оправдывал более строгие меры по гарантированию внутреннего содержательного плюрализма недостатком частот. В то время как в решении против Австрии, которое было принято в 1993 г., ЕСПЧ признавал, что аргумент о недостатке частот более не может приниматься во внимание в связи с техническим прогрессом. На эту нестыковку обращают внимание и судьи в особом мнении. См.: Joint dissenting opinion of judges Lemmens, Jelić and Pavli. Op. cit. Recital 7.

заявитель[852], что объяснимо характером судебного спора и не вызывает глубокого убеждения, но и ряд экспертов.

В этом контексте, прежде всего, заслуживает внимания совместное особое мнение судей от Бельгии, Черногории и Албании. Выдержанное в спокойных тонах, тем не менее, оно обращает внимание на принципиальные для итогового вывода суда недостатки: судьи справедливо указывают на неопределенность в соотношении внутреннего и общего (внешнего) плюрализма и конфликтный потенциал строгих содержательных предписаний по реализации принципа внутреннего плюрализма с редакционной независимостью как ядром медиасвободы, что становится особенно актуально в свете закрытия телеканала NIT, являвшегося основным голосом *единственной* на тот момент оппозиционной партии страны[853]. Особое мнение обращает внимание и на конкретные детали этого дела: национальное законодательство страны, на основе которого к телеканалу были применены репрессивные меры, содержало настолько строгие требования по внутреннему плюрализму (например, о предоставлении эфирного времени другим политическим партиям и движениям в рамках того же типа программы и в том же временном интервале), что это, наряду с широтой и неопределенностью предписаний, ставило под вопрос реализацию редакционной самостоятельности и, как следствие, субъектность вещателей в принципе[854]. Помимо уже упомянутых ранее дефектов независимости надзора за вещанием в Молдавии судьи не были удовлетворены спорной методологией измерения внутреннего плюрализма[855] и грубыми процессуальными нарушениями[856].

С бóльшим разочарованием о политическом измерении этого дела говорят российские исследователи, обратившие внимание на ряд обстоятельств[857], среди которых особенное удивление вызывает едва ли разумный 10-летний срок судебного разбирательства, ведь делу по жалобе телеканала NIT сложно отказать в приоритетности на фоне драматического

---

[852] См.: NIT S.R.L. v. Republic of Moldova. Op. cit. §222.

[853] См.: Joint dissenting opinion of judges Lemmens, Jelić and Pavli. Op. cit. Recitals 2-3, 12.

[854] *«Если воспринимать это [предписания национального законодательства о внутреннем плюрализме] слишком буквально, частные вещатели превратятся лишь в рупоры политических партий»*. См.: Joint dissenting opinion of judges Lemmens, Jelić and Pavli. Op. cit. Recital 9.

[855] Например, проводилась оценка исключительно новостных программах продолжительностью в 5 дней. Судьи справедливо отмечают, что мониторинг в рамках примерно одной недели может давать предвзятый результат просто в силу того, что в этот период происходят конкретные политические события. См.: Joint dissenting opinion of judges Lemmens, Jelić and Pavli. Op. cit. Recital 15.

[856] Административное решение об отзыве лицензии канала было принято беспрецедентно быстро и в течение суток за ним последовало реальное отключение от эфира; у телеканала NIT не было возможности ознакомиться с полными результатами мониторинга внутреннего плюрализма; есть сомнения и в беспристрастности надзорного органа. Национальные суды затем также не осуществили тщательный надзор за описанной административной процедурой. Особенно спорно, что в других делах, согласно особому мнению, ЕСПЧ в большей степени был склонен приписывать государственным органам скрытые мотивы. См.: Joint dissenting opinion of judges Lemmens, Jelić and Pavli. Op. cit. Recitals 16-20.

[857] На политический характер дела, оценивая решение ЕСПЧ как *«кульбит Страсбургского суда»*, прямо указывает главный редактор журнала «Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Политическая подоплека применения ЕСПЧ концепции «живого инструмента» в деле молдавской телекомпании NIT. Развитие правовых систем. URL: https://rpspress.ru/news/1357/ (accessed: 01.09.2024).

ухудшения ситуации со свободой выражения мнения в Молдавии[858]. Однако, для настоящего рассмотрения молдавское дело показательно не в контексте снижающих авторитет международного правосудия действий ЕСПЧ, а, прежде всего, как пример опасного и для Германии злоупотребления спорным инструментарием – размытой категорией плюрализма и позитивными обязательствами в рамках объективно-правового измерения свободы выражения мнения.

Во вторую группу входят позитивные обязательства меньшей интенсивности, *имплицитно* подразумевающие гарантирование плюрализма, но напрямую направленные на защиту журналистов и прессы, а также прав третьих лиц[859]. Ввиду того, что косвенное влияние на многообразие оказывает большое количество факторов, исследование этой группы обязательств в рамках настоящего раздела не представляется возможным. На одном примере, однако, мы можем показать их немалое значение. Так, в качестве позитивного обязательства по статье 8 Конвенции признается защита от *языка ненависти* (hate speech)[860], причем противодействие языку ненависти Совет Европы видит именно гарантией плюрализма[861]. Признавая необходимость борьбы с этим явлением, однако, наивно было бы полагать, что институты Совета Европы или государства-участники не попытаются инструментализировать борьбу с языком ненависти для реализации собственных политических целей. Это опасение подтверждает не только неопределенность понятия[862], но

---

[858] См., например, комментарий официального представителя Министерства иностранных дел России М.В. Захаровой в связи с решением властей Молдавии заблокировать доступ к 22-м русскоязычным новостным порталам. URL: https://www.mid.ru/ru/foreign_policy/news/1911410/ (accessed: 01.09.2024).

[859] Сюда относятся обязательства обеспечивать защиту от горизонтальных ограничений свободы выражения мнения со стороны частных лиц, например, посредством запугивания или применения насилия к представителям прессы, а также необходимость гарантировать соблюдение требований журналистской добросовестности. Особенно обеспечение журналистской добросовестности в качестве гарантии плюрализма может оказывать серьезный ограничивающий эффект на коммуникационные свободы. См.: Özgür Gündem v. Turkey. Judgment of 16 March 2000. Application no. 23144/93. §42-44; Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 134, 135-137.

[860] См.: Grote, R., Wenzel, N. Meinungsfreiheit. Op. cit. Rn. 124.

[861] См., например: Рекомендация CM/Rec(2024)4 Комитета министров Совета Европы государствам-участникам «О противодействии преступлениям на почве ненависти»; Рекомендация CM/Rec(2022)161 Комитета министров Совета Европы государствам-участникам «О противодействии языку ненависти». Кроме того, некоторые исследователи утверждают, что следствием языка ненависти является уменьшение плюрализма. #Hass im Netz: Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie. Eine bundesweite repräsentative Untersuchung. URL: https://www.idz-jena.de/fileadmin/user_upload/_Hass_im_Netz_-_Der_schleichende_Angriff.pdf (accessed: 01.09.2024).

[862] Опасность широкой категории *языка ненависти* согласно пунктам 2 и 3 упомянутой Рекомендации CM/Rec(2022)161 заключается в том, что она охватывает не только *неправомерные высказывания*, которые могут наказываться в рамках уголовного преследования, административной или гражданско-правовой ответственности, но и *правомерные высказывания*, тяжесть которых недостаточна для их правового преследования, но поддерживаемое государством противодействие им тем не менее с точки зрения Совета Европы является для государства-участника обязательным. Этой двойственностью концепция языка ненависти *нарушает логику* коммуникационных свобод, согласно которой не признанное неправомерным в рамках установленной процедуры высказывание не может подвергаться ограничениям со стороны государства. Иными словами, Совет Европы рекомендует государствам-участникам *признать свои позитивные обязательства по противодействию правомерным высказываниям*. Принимая во внимание необходимость противодействия «языку ненависти», эта борьба, однако, не должна вестись за счет размытия основ правового государства.

и масштабная практика его применения для подавления политических дискуссий в Европе[863].

Подводя итог анализа гарантирования плюрализма на уровне Совета Европы, следует опираться на три ключевых тезиса. Во-первых, широкая интерпретация плюрализма и основные подходы к его гарантированию в целом схожи с немецкими; более классическое, индивидуально-субъективное понимание свободы выражения мнения, имманентное норме статьи 10 ЕКПЧ, компенсируется как весьма вольной интерпретацией ограничивающих субъективную свободу выражения мнения категорий, в особенности, защиты прав других лиц, так и конструированием позитивных обязательств в рамках объективно-правового измерения свободы выражения мнения. Во-вторых, общая интенсивность принимаемых для гарантирования плюрализма мер в рамках статьи 10 ЕКПЧ существенно ниже, чем в рамках статьи 5 Основного закона, что в особенности проявляется в аудиовизуальном секторе (например, для ЕСПЧ институт общественного вещания является опцией, а не необходимостью). В-третьих, адаптированная к судебному активизму интерпретация ЕКПЧ методологически схожим с Основным законом образом открывает для Страсбургского суда возможность применения точечных, но крайне жестких для национальных коммуникационных порядков мер, значение которых в многоуровневой системе власти в Европе не может быть недооценено; в то же время для Германии такая опасность остается низкой[864]. Некоторые авторы, однако, отмечают влияние ЕКПЧ на конвергенцию специализированной немецкой догматики в единую коммуникационную свободу по образцу Конвенции, а также оценивают в качестве значимых импульсы, которые практика ЕСПЧ дала для переопределения некоторых деталей в соотношении свободы прессы с личными правами[865].

4. Весьма небольшую, но заслуживающую внимания исследователей роль для гарантирования плюрализма на уровне первичного права играет норма статьи 11 Хартии ЕС об основных правах, являющаяся результатом позитивации ранней практики Суда

---

[863] См., например, о богатом современном опыте инструментализации «языка ненависти» для борьбы с политической оппозицией и альтернативными мнениями в академической среде в Германии: Broecker, H., Kaltwasser, D. (Hrsg). Mediensystem und öffentliche Sphäre in der Krise. Neu-Isenburg: Westend Verlag, 2024.

[864] Суммарная статистика дел по статье 10 ЕКПЧ на июнь 2024 года составляет 906 зафиксированных нарушений, из которых только 10 приходится на Германию. См.: Cornils, M. EMRK Art. 10. Op. cit. Rn. 3-4. Также указывается, что в Германии ЕКПЧ находится в ранге обычного закона, то есть не связывает законодателя; с учетом позиций ФКС, во всяком случае, эта связь не является непосредственной. Суды редко или с опозданием учитывают практику ЕСПЧ. Кроме того, принцип, согласно которому имплементация ЕКПЧ не может вести к снижению уровня защиты основных прав в рамках Основного закона, являющийся актуальным для многополярных правоотношений, создает своего рода «защитную стену» от медиаполитических решений ЕСПЧ: при гарантировании плюрализма, как правило, речь идет об увеличении свободы одного участника процесса коммуникации за счет другого (например, увеличение свободы журналиста за счет издателя). См.: Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte. Op. cit. S. 23-25.

[865] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 20.

Европейского союза[866]. Большой интерес представляет структура этой нормы; здесь, в отличие от закрепленной в Римской конвенции единой коммуникационной свободы, текстуально разграничиваются гарантии, направленные на индивидуальную и массовую коммуникацию. В то время как в отношении индивидуальной коммуникации абзац 1 статьи 11 Хартии дословно дублирует гарантии пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ, массовая коммуникация обособленно гарантируется в рамках абзаца 2 статьи 11 Хартии – *«соблюдаются свобода и плюрализм массовой информации»*[867]. Сущностные причины подобного отклонения от зарекомендовавшего себя за многие годы текста ЕКПЧ заслуживают пристального изучения.

Во-первых, отдельное закрепление медиасвобод[868] стоит расценивать как шаг в сторону обособления группы коммуникационных свобод по способу распространения информации[869]. Насколько, однако, такой шаг является радикальным и порождает новое,

---

[866] Отмечается, что до вступления Хартии и Лиссабонского договора в силу в 2009 году, уже с середины 80-х годов Люксембургский суд признавал широко интерпретируемую свободу выражения мнения в качестве *общего принципа права Сообщества,* но этот подход носил фрагментарный, сдержанный характер; в качестве источника названного принципа использовалась статья 10 ЕКПЧ. В практике суда свобода выражения мнения играла *нетрадиционную для классического основного права роль*: она выступала не в качестве субъективной свободы коммуникатора, а использовалась как ограничение экономических свобод внутреннего рынка сообществ в целях гарантирования плюрализма в сфере вещания и прессы. Одновременно с этим свобода выражения мнения использовалась и с противоположной целью – в качестве критерия допустимости ограничений экономических свобод внутреннего рынка сообществ; догматически эта двойственность представляет большой интерес, на наш взгляд, особенно в контексте инструментализации прав человека для «компетенционной борьбы» в многоуровневой системе власти в Европе. Несмотря на вступление в силу Хартии, в силу абзаца 3 статьи 6 TEU старое обоснование свободы выражения мнения в качестве общего принципа права Сообщества остается в силе – это связано с необходимостью сохранения выработанных практикой Люксембургского суда правовых позиций; двойственность источников основных прав ЕС, однако, исключается, прежде всего, в силу взаимопроникновения нормативного содержания свободы в рамках двух указанных измерений, которое усиливается также нормами абзаца 3 и 4 статьи 52 Хартии. См. подробнее: Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11 Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit // Gersdorf, H., Paal, BP. (Hrsg.) BeckOK Informations- und Medienrecht. 46. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 1-2, 18.

[867] «The freedom and pluralism of the media shall be *respected*». Art. 11, Paragraph 2. Charter of Fundamental Rights of the European Union. OJ C 202, 7.6.2016, P. 389–405. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT (accessed: 01.09.2024). В разъяснениях к Хартии указывается, что абзац 2 статьи 11 основывается на практике Суда ЕС относительно вещания, в частности, дела EuGH C-288/89, Slg. 1991, I-4007 – Gouda, а также Амстердамском протоколе об общественном вещании в государствах-членах ЕС, а также на телевизионной директиве 89/552/EWG. См.: Erläuterung zu Artikel 11. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02). В упомянутом деле Gouda Люксембургский суд обосновывает объективно-правовое содержание свободы выражения мнения статьи 10 ЕКПЧ, признавая гарантирование плюрализма веской причиной общего интереса для ограничения свободы предоставления услуг (Rn. 23).

[868] **Термин «медиасвободы»** в настоящей работе употребляется во множественном числе, чтобы подчеркнуть эквивалентность единой свободы массовой информации абзаца 2 статьи 11 Хартии закрепленным в предложении 2 абзаца 1 статьи 5 Основного закона свободам прессы и вещания как отдельным гарантиям. Это вопрос исключительно словоупотребления: единая медиасвобода абзаца 2 статьи 11 Хартии не означает, что регулирование не учитывает специфику прессы или вещания, обособление подходов происходит позже, на уровне проверки допустимости вмешательства в основное право. См. подробнее: Paulus, A. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 33; von Coelln, C. GRCh Art. 11 // Stern, K., Sachs, M. (Hrsg.) Europäische Grundrechte-Charta: GRCh: Kommentar. München: C.H. Beck, 2016. Rn. 8.

[869] **Обособление медиасвобод** обосновывается необходимостью уделить больше внимания особенностям регулирования массовой коммуникации вне контекста общей коммуникационной свободы, например, в рамках ЕКПЧ. В качестве причин автономизации регулирования массовой коммуникации называется ее возрастающее значение для демократии, кроме того, из-за медиаконвергенции становится все сложнее разграничивать отдельные сферы массовой коммуникации. См.: von Coelln, C. GRCh Art. 11. Op. cit. Rn. 27-29; Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11. Op. cit. Rn. 4. Кажущееся на первый взгляд преимуществом, догматическое обособление медиасвобод подвергается критике: создание нового основного права позволяет как обосновать новые далекоидущие ограничения, не соответствующие прежним, «классическим» подходам, так и в будущем увеличить число коллизий с другими основными правами, в том числе иными коммуникационными свободами. Ситуацию можно сравнить с требованием введения так называемых

«эмансипированное» от закрепленного в абзаце 1 статьи 11 Хартии основное право? Вопрос является предметом спора, значение которого для практики не стоит недооценивать: за обособлением гарантий абзаца 2 статьи 11 Хартии следует тезис об их несоответствии статье 10 ЕКПЧ, а это, в свою очередь, выводит их из-под влияния абзаца 3 статьи 52 Хартии, «синхронизирующего» сферу защиты и допустимые ограничения основного права по масштабу пункта 2 статьи 10 ЕКПЧ. Иными словами, речь идет об изоляции от наработанных подходов в рамках Совета Европы стратегической по значению сферы медиасвобод и плюрализма, ключевая роль в гарантировании которых согласно этому ходу мысли переходит к Суду ЕС на основании абзаца 1 статьи 52 Хартии[870].

Даже если согласиться с той частью академического сообщества, что видит угрозу названной изоляции преувеличенной, прежде всего, из-за придания излишней значимости текстуальным отличиям Хартии от Конвенции[871], в соответствии с абзацем 3 статьи 52 Хартии возможность отклонения от подходов Конвенции допускается *в сторону усиления* защиты медиасвобод и гарантирования плюрализма. Именно такое усиление видится многими исследователями в еще одном отличии Хартии от ЕКПЧ – отказе от оговорки о

«цифровых прав» как отдельных правочеловеческих гарантий. Так, в 2018 году в ЕС в качестве дополнения рассматриваемой в настоящем подразделе Хартии обсуждался **инициативный проект «Хартии цифровых основных прав Европейского союза»** (Charter of Fundamental Digital Rights of the European Union); документ последней версии 2018 года в статье 4 предусматривал отдельную свободу выражения мнения для цифровой сферы (абзац 1, «Каждый имеет право свободно выражать свое мнение в цифровом мире»), а также вводил позитивные обязательства гарантировать плюрализм (статья 12). Даже гарантии человеческого достоинства адаптировались под цифровую среду (статья 1, «Человеческое достоинство неприкосновенно также и в цифровую эпоху. […]»). Документ, помимо этого, подразумевал *непосредственное* действие основных цифровых прав между частными лицами (статья 17). В 2021 году обсуждались схожие инициативы. Критики справедливо замечали, что истинный мотив подобных идей заключается в еще большем ограничении (или вовсе отмене) основных прав; тезис подтверждают следующие аргументы: неопределенность новых категорий цифровых гарантий, кратное увеличение коллизий с существующими основными правами, в ходе которых вероятна полная подмена объективно-правовым содержанием индивидуально-субъективных гарантий, хаотизация правого порядка в результате введения непосредственного действия основных прав между частными лицами. В итоге идея не была воспринята официальными институтами ЕС, однако, схожее регулирование в итоге было введено вторичным правом ЕС. См. подробнее: текст проекта URL: https://digitalcharta.eu/ (accessed: 01.11.2023); критика приводится по: Paschke, A., Heckmann, D. §121. Digitalisierung und Grundrechte. // Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Rn. 27-41.

[870] **За** обособление гарантий части 2 статьи 11 Хартии от гарантий статьи 10 ЕКПЧ выступают исследователи, отстаивающие самостоятельное значение медиасвобод и плюрализма для демократии (то есть плюрализм гарантируется не автоматически невмешательством в классическую либеральную свободу выражения мнения, а скорее в ходе принятия позитивных мер, например, учреждения общественного вещания). Кроме того, отмечается, что разъяснения разрабатывавшего Хартию специального Конвента, содержащие указание о тождестве статей 11 Хартии и 10 ЕКПЧ, не имеют строгой обязательной силы (абзац 7 статьи 52).

[871] **Против** названного обособления в литературе приводятся следующие аргументы. *Во-первых*, разработавший Хартию специальный Конвент сделал оговорку о принципиальном соответствии *в целом* норм статьи 11 Хартии предписаниям статьи 10 ЕКПЧ, а также обозначил абзац 2 статьи 11 Хартии как специализирующий абзац 1 статьи 11 относительно медиа. *Во-вторых*, как уже отмечалось выше в контексте анализа гарантирования плюрализма в рамках Совета Европы, ЕСПЧ не чужда особая догматика по гарантированию медиасвобод и плюрализма, она проявляется как на уровне индивидуально-субъективного измерения основного права, так и в рамках позитивных обязательств; нет сомнений, что содержательно медиасвободы охватываются гарантией статьи 10 Римской конвенции, текстуально об этом говорит предложение 3 пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ. *В-третьих*, Суд ЕС до принятия Хартии в своих решениях о гарантировании плюрализма в сфере прессы или вещания опирался как раз на наработки ЕСПЧ, то есть исходил из соответствия части 2 статьи 11 Хартии статье 10 ЕКПЧ. См. подробнее обзор точек зрения: von Coelln, C. GRCh Art. 11. Op. cit. Rn. 1-5, 27-29; Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11. Op. cit. Rn. 11-17; Kaiser, A. GG Art. 5 Abs. 1. Op. cit. Rn. 24.

лицензировании вещания, закрепленной в предложении 3 пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ[872]. Выше мы старались продемонстрировать, что наличие данной оговорки доставило некоторые проблемы Страсбургскому суду в его стремлении к гармонизации национальных коммуникационных порядков в соответствии с собственными представлениями, выходящими за рамки Конвенции; при разработке Хартии, однако, этот урок был усвоен. Согласно такой логике, индивидуально-субъективная защита медиасвободы части 2 статьи 11 Хартии сильнее соответствующей ей свободы выражения мнения в рамках Конвенции, потому что Хартия не предлагает «автоматическую» легитимацию лицензирования, а подчиняет ее проверке на соразмерность[873]. Эта точка зрения не убеждает по многим причинам: от общих проблем с отсутствием сдерживающего эффекта принципа соразмерности до уже изученных нами отдельных подходов ЕСПЧ, также подчиняющих названную оговорку аналогичным критериям пункта 2 статьи 10 ЕКПЧ. Более того, активно признаваемый на уровне Хартии дуализм содержания основных прав[874] релятивирует норму абзаца 3 статьи 52, ведь возникшая многополярность отношений предполагает увеличение защиты одного субъекта основных прав за счет другого. Иными словами, сложно сказать, усиление защиты *относительно какого* субъекта основных прав разрешает отклонение от подходов Римской конвенции. На наш взгляд, опровергаемая аргументация открывает возможности для правовой изоляции от Римской конвенции; при этом нет сомнений, что обособленное в рамках ЕС регулирование будет более ограничительным – стоит лишь еще раз взглянуть на количество актов вторичного права союза, посвященных медиасвободам[875].

Во-вторых, важное для настоящего рассмотрения значение имеет отдельное упоминание плюрализма в абзаце 2 статьи 11 Хартии. Прежде всего, это указывает на расширение интерпретации данной категории: если текстуально плюрализм поименован *наряду* с медиасвободами и гарантиями индивидуальной коммуникации, это означает, что

---

[872] Оговорка не только не была перенесена в итоговый текст, но также в разъяснения Конвента, разрабатывавшего Хартию, было включено особое указание на то, что предложение 3 пункта 1 статьи 10 ЕКПЧ действует без ущерба для ограничений возможностей государств-участников по лицензированию вещания, вытекающих из конкурентного права Европейского союза. Напомним, Конвент исходит из принципиального соответствия в целом статьи 11 Хартии статье 10 Римской конвенции. См. подробнее: Erläuterung zu Artikel 11. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02).

[873] См.: Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11. Op. cit. Rn. 16-17.

[874] В данном случае **дуализм содержания основных прав** проявляется в том, что статья 11 Хартии гарантирует как индивидуально-субъективную защиту, так и признает выходящую за ее пределы ценность плюрализма в рамках объективно-правового измерения основных прав. При этом абзац 1 концентрируется на индивидуально-субъективной защите, а абзац 2 – на объективно-правовом содержании. Подобная специализация структурных единиц статьи 11 выражается также в том, как они сформулированы: с индивидуально-субъективной перспективы – абзац 1, с объективно-правовой – абзац 2. Напомним, в Римской конвенции эта двойственность не выражается эксплицитно, но в полной мере присуща практике ЕСПЧ. Как отмечается, аналогичный дуализм свойственен предложению 1 и предложению 2 абзаца 1 статьи 5 Основного закона, что, однако, не означает восприятие Хартией радикального смещения акцентов в сторону объективно-правового содержания, как это практикует ФКС, например, в рамках свободы вещания, по причине ее «синхронизации» с ЕКПЧ. См. подробнее: Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11. Op. cit. Rn. 24-29; von Coelln, C. GRCh Art. 11. Op. cit. Rn. 31, 39-40.

[875] См. подраздел 1 §2.1.

его соблюдение неэквивалентно лишь уважению коммуникационных свобод[876]. Таким образом, Хартия в отличие от Конвенции *эксплицитно* признает объективно-правовое измерение коммуникационных свобод и следует в духе очерченного в начале раздела широкого понимания плюрализма, направленного, прежде всего, на активное вмешательство в коммуникационный порядок[877].

Подобная функционализация коммуникационных свобод сопряжена с высоким риском «перехвата» гарантирования плюрализма Европейским союзом; эту угрозу государства-члены ЕС распознали еще при разработке Хартии. Неслучайно, что интенсивная дискуссия велась о редакции части 2 статьи 11, в частности, изначальная формулировка «*гарантируются (guaranteed / gewährleistet)* свобода и плюрализм массовой информации» была ослаблена, первое слово было в итоге заменено на «соблюдаются» *(respected / geachtet)*[878], что указывает на желание разработчиков Хартии продемонстрировать узкие границы объективно-правового измерения медиасвобод и, следовательно, противодействовать разработке позитивных обязательств из абзаца 2 статьи 11. Объяснимо также, что на ослаблении формулировки настаивали именно немецкие федеральные земли, обладающие согласно конституционному праву Германии исключительной компетенцией в сфере содержательного медиарегулирования: их представители обоснованно опасались, что текст Хартии станет оправданием для вмешательства ЕС в национальные коммуникационные порядки[879].

В литературе, однако, трезво оценивается небольшое значение этого спора о формулировках[880] на фоне норм абзаца 2 статьи 51 Хартии и абзаца 1 статьи 6 TEU, закрепляющих принцип, согласно которому Хартия не может служить обоснованием для новых или пересмотра существующих компетенций Европейского союза[881]. Названные нормы создают более мощный сдерживающий эффект для развития позитивных обязательств, чем акценты финального текста абзаца 2 статьи 11 Хартии. Однако, предпринимаются попытки обойти и эти достаточно жесткие запреты: так, обсуждаются идеи либо обосновать позитивные обязательства по гарантированию медиасвобод и

---

[876] См.: von Coelln, C. GRCh Art. 11. Op. cit. Rn. 34.

[877] См.: Kühling, J. §28. Medienfreiheit Op. cit. Rn. 50.

[878] См.: Schulz, W. Charta der Grundrechte der Europäischen Union // Paschke, M., Berlit, W. (Hrsg.) Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2021. Rn. 12.

[879] См.: von Coelln, C. GRCh Art. 11. Op. cit. Rn. 31-32. Интересно отметить, что и в Основном законе в отношении медиасвобод используется формулировка «свобода прессы и вещания гарантируются (gewährleistet)», что не в последнюю очередь послужило аргументом для обоснования объективно-правового измерения коммуникационных свобод. Представляется, как раз этого не желали немецкие федеральные земли.

[880] Например, ЕСПЧ употребление в статье 10 ЕКПЧ слова *respected* не помешало для выведения позитивных обязательств. См.: Krieger, H. Funktionen von Grund- und Menschenrechten. Op. cit. Rn. 30.

[881] См.: von Coelln, C. GRCh Art. 11. Op. cit. Rn. 31-34. Это предписание соответствует также абзацу 2 статьи 167 TFEU, ограничивающему активность ЕС в культурной сфере исключительно в рамках поддерживающей компетенции. См.: Ukrow, J., Ress, G. AEUV Art. 167 // Grabitz, E., Nettesheim, M. (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union. 83. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 29-31, 32-38.

плюрализма со ссылкой на недопустимость более слабой защиты основных прав в рамках Хартии по сравнению с ЕКПЧ, либо выдвигается тезис, что медиасвободы и плюрализм могут быть гарантированы с помощью неспецифических для медиасектора мер, принятие которых попадает в экономическую компетенцию ЕС, следовательно, позитивные обязательства такого вида не будут нарушать запрет обосновывать новые компетенции союза через Хартию[882]. Таким образом, открывается возможность развития позитивных обязательств для европейского законодателя; тем более, что Люксембургский суд уже выводил таковые из экономических свобод внутреннего рынка и может использовать этот опыт применительно к Хартии[883]. Очевидно, что с этим сопрягаются риски ощутимого блокирования дискреции европейского законодателя[884]; впрочем, и риски для государств-членов не меньшие, если учитывать, что Суд ЕС в основном использует статью 11 Хартии для оценки действий государств-членов, но не против органов ЕС, что, конечно, вызывает удивление с точки зрения закрепленной в абзаце 1 статьи 51 сферы действия Хартии[885].

Все же, по ряду причин практика пока не пошла по пути выведения позитивных обязательств непосредственно из Хартии[886]. Как мы увидим далее, гарантирование медиасвобод и плюрализма на уровне ЕС привязывается к экономическим свободам и логике внутреннего рынка, при этом европейский законодатель может упоминать статью 11 Хартии попутно, не придавая ей самостоятельного значения[887]. В литературе справедливо отмечается, что признание позитивных обязательств из статьи 11 Хартии влечет за собой непредсказуемость, в особенности, в вопросах соотношения основных прав Хартии с экономическими свободами внутреннего рынка: поскольку права Хартии в практике Суда ЕС, как правило, используются в качестве основания для ограничений экономических свобод внутреннего рынка, то позитивные обязательства из Хартии обозначали бы обязанности государств-членов при применении европейского права ограничивать экономические свободы внутреннего рынка[888]. На наш взгляд, Люксембургскому суду

---

[882] См.: von Coelln, C. GRCh Art. 11. Op. cit. Rn. 32.

[883] См.: Kühling, J. §28. Medienfreiheit Op. cit. Rn. 57-56.

[884] Ibid.

[885] См.: Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11. Rn. 20-21.

[886] Оговоримся, что отсутствие позитивных обязательств непосредственно из Хартии не означает, что Суд ЕС не может обращаться к позитивным обязательствам из статьи 10 ЕКПЧ. Еще до принятия Хартии Люксембургский суд признавал на основе статьи 10 ЕКПЧ плюрализм в качестве допустимой цели ограничения экономических свобод внутреннего рынка.

[887] Современный подход европейского законодателя можно описать так: в хорошо функционирующем внутреннем рынке, *следовательно*, хорошо защищены и права, гарантируемые в рамках Хартии. См, например: пункты преамбулы 1, 109, 153, 155 DSA.

[888] Отмечается, что основные права ЕС согласно абзацу 1 статьи 51 Хартии *начинают* действовать в отношении государств-членов ЕС исключительно при реализации права союза, то есть, например, при ограничении государствами экономических свобод внутреннего рынка. Государства-члены ЕС должны *сначала* ограничить экономическую свободу внутреннего рынка (например, свободу предоставления услуг в случае вещания), и лишь *затем* ЕС может оценивать такие меры на соответствие основным правам, но не наоборот, иное означало бы недопустимое вторжение в компетенцию государств-членов ЕС. См.: Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11. Rn. 29.

просто не нужно доводить ситуацию до такого абсурда: интерпретируя экономические свободы внутреннего рынка, с одной стороны, и обосновывая или отклоняя их ограничения со ссылкой на основные права Хартии, с другой стороны, он уже обладает достаточным инструментарием для обоснования любых соответствующих его усмотрению решений[889].

Подводя итог анализа значения статьи 11 Хартии для гарантирования плюрализма, стоит отметить ее небольшое практическое значение; Хартия уступает место как национальному конституционному праву государств-членов ЕС, так и практике ЕСПЧ по статье 10 Конвенции[890]. Виной тому факторы, к которым мы уже обращались выше: «синхронизация» с правом Римской конвенции, запрет на обоснование новых компетенций[891], приостановивший развитие самостоятельной догматики позитивных обязательств в рамках Хартии, ограничения сферы применения Хартии по отношению к государствам-членам ЕС исключительными случаями реализации права союза, наконец, традиционная (задолго до принятия Хартии) связь европейского медиарегулирования с экономическими свободами внутреннего рынка. Все это сделало концептуальное обособление медиарегулирования вокруг правочеловеческих измерений Хартии нецелесообразным.

Было бы неверным, однако, утверждать, что Хартия не имеет потенциала, а ее текст, прекрасно адаптированный к современному уровню догматики коммуникационных основных прав в Европе, эксплицитно признающий их объективно-правовое измерение и широкую интерпретацию плюрализма, имеет лишь символическое значение[892]. Интенсивное развитие европейского коммуникационного порядка, в особенности, кратное расширение как числа, так и жесткости посвященных медиарегулированию актов вторичного права, делают объективно-правовое «обогащение» коммуникационных основных прав в рамках Хартии лишь вопросом времени[893]. Необязательно, что оно должно принять привычную

---

[889] См.: Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11. Rn. 1, 42-44.

[890] Отмечается небольшое количество решений Суда ЕС, где затрагивалась статья 11 Хартии, и в этих решениях ее привлечение было скорее косвенным. См. подробнее: Cornils, M. EU-GRCharta Art. 11. Rn. 1, 42-44.

[891] Стоит вспомнить, что развитие позитивных обязательств в национальном конституционном праве Германии было *неразрывно* связано с проблемой экспансии компетенции ФКС. С помощью позитивных обязательств ФКС удалось значительно расширить собственную власть, пусть и ценой плюрализации догматики основных прав. См. подробнее: Hirzel, D. Macht und Methode: Kompetenzgrenzen des Bundesverfassungsgerichts im Wandel der Zeit. Op. cit.

[892] В литературе представлено мнение, что абзац 2 статьи 11 Хартии *символически* подчеркивает ценностное значение европейских коммуникационных порядков, но речь не идет о *практическом* перераспределении компетенций, поэтому прогнозируется небольшое значение предписания для конституционно-правовой практики. См.: Schulz, W. Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Op. cit. Rn. 25. В более критическом ключе отмечается, что абзац 2 статьи 11 Хартии в отсутствие достаточной компетенции ЕС в области медиарегулирования *в значительной степени неэффективен*. См.: Nielsen, J. Op. cit. S. 388.

[893] Показателен прогноз одного из авторов, сделанный им в 2020 году. В нем он приходит к выводу, что вполне мыслима европейская директива о гарантировании плюрализма в отношении всех типов медиа. Это, в свою очередь, потребует какого-то теоретического, системного обоснования европейского коммуникационного порядка. Поскольку экономические свободы внутреннего рынка в меньшей степени пригодны для этого в силу присущей им специфической рыночной логики, многое говорит о том, что для такого обоснования будет задействовано объективно-правовое измерение основных прав ЕС из статьи 11 Хартии. См. Kühling, J. §28. Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 51-52.

форму концепции позитивных обязательств, которая предлагается ФКС и ЕСПЧ. Полемизируя, предположим, что вполне мыслима *конвергенция* основных прав статьи 11 Хартии и экономических свобод внутреннего рынка: их взаимовлияние как однопорядковых единиц обеспечивается применением Люксембургским судом метода взвешивания согласно принципу практической гармонии (praktische Konkordanz), причем основные права могут не только выступать основаниями для ограничений свобод внутреннего рынка, но и сами подвергаться ограничениям со стороны последних[894]. С нарастанием казуистики будет все сложнее их разграничить. Мотив Суда ЕС, кажется, лежит на поверхности – обеспечение *политической, конституционной* интеграции сообщества через переход от *экономического* сообщества с антидискриминационными запретами – экономическими свободами внутреннего рынка, к *политическому* сообществу основных прав. Не стоит недооценивать сопряженные с этим риски: различные по адресатам и функциям основные права и экономические свободы внутреннего рынка в результате конвергенции могут потерять свою специфику: их защитный эффект для граждан ЕС и государств-членов ЕС таким образом будет устранен, а ограничительный – удвоен[895]. Иными словами, права человека подвергнутся риску инструментализации исключительно как повод для (компетенционной) проверки национальных правопорядков государств-членов ЕС со стороны союза[896]. Сложно не заметить сходство очерченной конвергенции с немецким учением о взаимодействии коммуникационных свобод и ограничивающих ее общих законов (Wechselwirkungslehre) –

---

[894] См.: Jarass, HD. Op. cit. EU-Grundrechte-Charta vor Art. Rn. 30.

[895] Верно указывается, что экономические свободы внутреннего рынка текстуально, по своей функции и истории возникновения в первую очередь являются *обязанностями государств-членов ЕС по отношению к ЕС*, направленными на оформление внутреннего рынка, а основные права ЕС – *правами частных лиц по отношению к институтам ЕС* и при определенных условиях государств-членов ЕС. В то же время экономические свободы внутреннего рынка опосредованно означают и субъективные права частных лиц и поэтому затрагивают отношения между ними, государствами-членами ЕС и союзом. См.: Jarass, HD. Op. cit. EU-Grundrechte-Charta vor Art. Rn. 29. При *конвергенции*, осуществляемой, без сомнения, в интересах европейских институтов, существует реальная опасность, что обязанности государств-членов ЕС из экономических свобод внутреннего рынка могут быть обращены в обязанности граждан ЕС перед союзом (пример: вещанию как экономической услуге, форме реализации свободы предоставления услуг, правом ЕС приписывается неэкономическое качество демократичности или плюралистичности, из которого следуют ограничения для частных лиц и вещательных компаний), а права частных лиц по отношению к институтам ЕС будут «переадресованы» государствам-членам ЕС. Представляется, что нечто похожее уже происходит на практике, см., например, в контексте статьи 3 EMFA, подраздел 2 §2.4.

[896] **Проблематика конвергенции основных прав ЕС и экономических свобод внутреннего рынка** исследуется в литературе. Эта тенденция критикуется на фоне крайне широкого понимания Люксембургским судом *реализации* права ЕС согласно предложению 1 абзаца 1 статьи 51 Хартии, ограничивающему действие Хартии в отношении государств-членов ЕС исключительно реализацией ими права союза; *слияние* основных прав ЕС с экономическими свободами внутреннего рынка открывает возможности для применения Хартии даже тогда, когда государства-члены в действительности не затрагивают право союза, ведь имеющие характер антидискриминационных запретов экономические свободы внутреннего рынка позволяют соотнести с ними любое национальное регулирование, что, следовательно, делает его реализацией права союза и подчиняет также проверке на соответствие основным правам Хартии. Здесь раскрывается практическое значение указанной конвергенции: Суд ЕС с помощью нее получает возможность *трансформировать основные права ЕС во всеобщие компетенционные и политические указания для государств-членов ЕС, преодолевая принцип наделения компетенцией.* См. подробнее: Kahl, W., Schwind, M. Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre // Europarecht (EuR). 2014. S. 170-195; Schladebach, M., Simantiras, N. Grundstrukturen des unionalen Rundfunkrechts // Europarecht (EuR). 2011. S. 784, 795-796.

прообразом принципа соразмерности времен дела Люта[897]. Если эти два концепта действительно похожи, то и критика известного немецкого конституционалиста Гельмута Риддера будет актуальной для обоих: в этом учении нет ни малейшей амбиции на методологическую последовательность, *Wechselwirkungslehre – это уроборос, змей, кусающий себя за хвост*[898]. Иными словами, слияние основного права с его ограничением открывает дорогу любому произволу.

Дальнейшее значение гарантирования плюрализма в рамках Хартии, конечно, будет зависеть от практики Суда ЕС по вторичному праву, в особенности DSA и EMFA; однако, фундаментальное значение гарантирования плюрализма для формирования европейского коммуникационного порядка приведет к дальнейшей *«германизации»* регулирования – функционализации коммуникационных свобод[899]. В случаях рассинхронизации указанного процесса с немецким конституционным правом у ФКС остается возможность констатировать снижение уровня защиты основных прав статьи 11 Хартии, угрожающее коммуникационным свободам абзаца 1 статьи 5 Основного закона (Solange-Vorbehalt)[900].

§2.3. Медиаплюрализм в первичном праве Европейского союза

1. Несмотря на то, что Договоры Европейского союза[901] *эксплицитно* не затрагивают проблематику гарантирования плюрализма, игнорировать их серьезное значение для коммуникационной сферы невозможно. Важность Договоров раскрывается не только *опосредованно*, через обеспечение правового основания для содержащего «плюралистический компонент» вторичного права, но и *непосредственно* – путем установления релевантных для медиарегулирования общих принципов права ЕС, в том

---

[897] См.: BVerfGE 7, 198 (208). Согласно этому учению, ограничивающие коммуникационные свободы законы должны быть, в свою очередь, также интерпретированы в свете ценностного значения указанных основных прав. См.: Epping, V., Lenz, S., Leydecker, P. Grundrechte. 8. Aufl. Berlin: Springer, 2019. S 128-129.

[898] См.: Tabbara, T. Meinungs- und Pressefreiheit bei Helmut Ridder: negative Dogmatik und „utopischer“ Überschuss // Kritische Justiz. 2020. Vol. 53. №2. S. 161-163.

[899] Отличительной чертой функционализации основных прав Хартии от аналогичного процесса в рамках Основного закона является то, что при первой едва ли произойдет радикальное сужение дискреции европейского законодателя, как это было в случае с немецким земельным законодателем в вопросах организации вещания. См. Kühling, J. §28. Medienfreiheit. Op. cit. Rn. 92. Скорее, институты ЕС совместно действуют против государств-членов ЕС с целью ограничения их компетенции, что делает функционализацию коммуникационных свобод на европейском уровне еще более опасным с конституционно-правовой точки зрения процессом.

[900] См.: BVerfGE 152, 152.

[901] В работе используются консолидированные редакции Договоров ЕС с указанием аббревиатуры их наименования: Consolidated versions of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). OJ C 202, 7.6.2016, P. 1-199. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC (accessed: 01.09.2024).

числе в компетенционной сфере; оформления внутреннего рынка, включая антидискриминационные запреты; сохранения культурных оговорок, призванных защитить конституционную идентичность государств-членов от размытия в ходе интенсивной евроинтеграции; и, наконец, закрепления ценностных, конституционных по своей природе норм, направленных на сохранение сущности уже самого союза и создающих резерв для его дальнейшей конституционной трансформации[902]. Заслуживает внимания и реакция Германии в ответ на интерпретацию договоров ЕС в качестве обоснования агрессивной «медиаэкспансии» со стороны союза[903].

Совсем недавно в немецких учебниках по медиаправу утверждалось в качестве очевидной истины, что объемного, специализированного и единого европейского медиарегулирования не может существовать хотя бы в силу *принципа наделения компетенцией*, закрепленного в абзаце 1 и детализированного в абзаце 2 статьи 5 TEU[904]. Согласно этому правилу, союз может действовать только в границах компетенций, которые в Договорах ЕС ему предоставили государства-члены для достижения целей, установленных этими Договорами; в отношении иных полномочий действует презумпция компетенции государств-членов ЕС[905]. Учитывая обстоятельство, что Договоры ЕС ни в компетенционных каталогах, ни в каком-либо другом месте не упоминают медиарегулирование[906], сложно

---

[902] Исторически договоры об учреждении сообществ, заключенные в конце 1950-х годов, не затрагивали релевантные для национального медиаправа сферы общественных отношений. Значение первичного права для медиарегулирования стало возрастать, когда в европейском сообществе утвердился нарратив о двойственной природе медиа – как экономических и культурных благ одновременно, а практика Люксембургского суда и Еврокомиссии наработала особое, медиаспецифическое толкование как экономических свобод внутреннего рынка, так и антимонопольных запретов, в том числе допускающее отход от последних в целях гарантирования плюрализма и сохранения культурной идентичности государств-членов. Позже, с подписанием Маастрихтского договора, это культурное измерение медиасектора стало в еще большей степени учитываться на уровне сообщества. См. подробнее: Paschke, M. Op. cit. S. 44-47. В данном параграфе в общих чертах последовательно рассматриваются перечисленные содержательные пункты относительно непосредственного влияния Договоров ЕС на медиарегулирование, в то время как частные критические аргументы с привязкой к конкретному вторичному праву ЕС, соответствие которого Договорам ЕС оспаривается, анализируются в следующем параграфе в контексте принятия EMFA.

[903] Подчеркнём, что **напряженные отношения Германии и ЕС по поводу европейского медиарегулирования** имеют долгую историю; с самого начала его развития немецкие федеральные земли, Бундесрат и экспертное сообщество настаивали на том, что компетенцией в этой сфере обладают федеральные земли, и с точки зрения Договоров ЕС недопустимо обходить этот запрет под видом экономического регулирования. В особенности гарантирование плюрализма должно оставаться прерогативой федеральных земель. См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung medienvielfaltsbezogener Maßnahmen im Auftrag der deutschen Länder. Saarbrücken: Institut für Europäisches Medienrecht (EMR), 2020. S. 8-9. (далее – Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt).

[904] См.: Fechner, F. Medienrecht. Op. cit. S. 219, 220; Paschke, M. Op. cit. S. 46.

[905] **Принцип наделения компетенцией** означает необходимость для органов ЕС на момент издания правового акта опираться на компетенцию, закрепленную в Договорах ЕС. Правовой акт должен соответствовать правильно выбранной компетенции как по предмету, так и по избранному способу действия. Из принципа наделения компетенцией следует *фундаментальная* для европейских национальных конституционных порядков особенность: *ЕС не обладает компетенцией устанавливать новую компетенцию (Kompetenz-Kompetenz),* что отличает союз от его суверенных государств-членов *(Masters of the Treaties / Herren der Verträge)*. Передача и изъятие компетенций государствами-членами возможна исключительно посредством изменения Договоров в соответствии со статьей 48 TEU. Принцип наделения компетенцией являлся *несущей конструкцией* в многоуровневой системе власти в Европе задолго до его первой позитивации Маастрихтским договором. См. подробнее: Pache, E. EUV Art. 5 // Pechstein, M., Nowak, C., Häde, U. (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. Rn. 17-21. (далее – Frankfurter Kommentar).

[906] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 18.

прийти к иным выводам, чем авторы учебной литературы. Тем не менее, фактически медиарегулирование на уровне союза не просто существует, а динамично расширяется и подавляет релевантное конституционное право государств-членов ЕС. Не в последнюю очередь такой эффект достигается в результате активной эрозии принципа наделения компетенцией, которая происходит за счет введения в текст TFEU крайне широких, близких по типу генеральной клаузуле компетенционных норм, с помощью которых ЕС получает возможность действовать в областях, где у него не было самостоятельной компетенции[907].

Оставаясь в стороне от близкой европейскому праву многолетней научной дискуссии по этому поводу, следует подчеркнуть, что именно крайне неопределенная норма статьи 114 TFEU являлась компетенционным основанием последних европейских актов, посвященных медиарегулированию и непосредственно гарантированию плюрализма, соответствие которых как первичному праву ЕС, так и национальному конституционному праву государств-членов, в особенности ФРГ, активно оспаривается[908]. В то же время норма статьи 352 TFEU, которая по своей широте и неопределенности родственна положениям статьи 114 TFEU, пока не была замечена в качестве основания для медиарегулирования на уровне ЕС, что объясняется, прежде всего, высокими процедурными барьерами для ее применения[909].

---

[907] См.: Pache, E. EUV Art. 5. Op. cit. Rn. 24-25. В литературе обсуждается, что подобное положение дел может нести риск «скрытого выхолащивания собственных возможностей государств-членов ЕС». Главным образом, претензии выдвигаются против норм статей 114 и 352 TFEU. **Норма статьи 114 TFEU** позволяет институтам ЕС принимать меры по гармонизации законодательных и административных положений государств-членов, посвященных созданию или функционированию внутреннего рынка. За счет того, что это полномочие не ограниченно определенной предметной сферой, а определяется по цели, как признается, достигается гибкость и ускорение гармонизации. Обратной стороной этого ускорения является опасность превращения нормы в компетенцию по установлению других компетенций, угрожающую суверенитету государств-членов ЕС. **Норма статьи 352 TFEU**, «оговорка о гибкости», разрешает принятие правовых актов в целях выполнения закрепленных в Договорах ЕС целей, даже если компетенционная основа для них отсутствует. Несовместимость этой нормы, благодаря которой появляется возможность обходить процедуру изменения Договоров ЕС, с принципом наделения компетенцией активно обсуждается в литературе. Не убеждает и некоторая конкретизация этого концепта Люксембургским судом; однако, редкая практика применения статьи 352 TFEU вселяет надежду, что принцип наделения компетенцией не будет окончательно устранен из права ЕС, хотя названные нормы существенно его ослабили. См.: Pache, E. EUV Art. 5. Op. cit. 26-31, 41-42.

[908] Например, EMFA, принятый на основе статьи 114 TFEU, приводится в качестве примера, подтверждающего тренд на экстенсивное расширение компетенций ЕС в сфере медиарегулирования. См. подробнее: Roß, L. European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration // Europarecht. 2023. №5. S. 455. DSA также основывается на статье 114 TFEU. На этой же статье основывается и DMA. См. подробнее: Beaujean, D., Oelke, C., Wierny, T. Immer mehr Verordnungen aus Brüssel und ihre Auswirkungen auf die Medienregulierung. Wie viel Handlungsspielraum verbleibt für die Mitgliedstaaten? // Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR). 2023. №1. S. 12-13.

[909] Так, DMA не был принят на основе статьи 352 TFEU в связи с необходимостью единогласия государств-членов ЕС. См.: Beaujean, D., Oelke, C., Wierny, T. Op. cit. S. 14. Кроме того, согласно стандартам ФКС, затрагивающий медиарегулирование акт союза, принятый на основе статьи 352 TFEU, будет требовать не только формального согласия Бундестага и Бундесрата посредством закона, но также и ответственных за содержательное медиарегулирование земельных парламентов. Это производит определенный охлаждающий эффект на европейские институты. См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 47-48. Все же не стоит недооценивать потенцию применения «оговорки о гибкости», поскольку каталог целей в статье 3 TEU, к которому содержательно отсылает статья 352 TFEU, включает среди прочего положения об уважении культурного и языкового многообразия как политического измерения внутреннего рынка союза. Кроме того, статья в качестве целей союза определяет и способствование реализации ценностей ЕС, ко многим из которых можно отнести плюрализм. Хотя сама норма статьи 3 TEU не может считаться самостоятельной компетенционной основой, однако, ее совокупность с положениями статьи 352 TFEU может давать необходимый для обоснования компетенции результат. Статья 114 TFEU является lex specialis по отношению к статье 352 TFEU. См.: Müller-Graff, PC. EUV Art. 3 // Frankfurter Kommentar. Op. cit. Rn. 20-21, 38-40, 49-52; Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 46-47.

Таким образом, гарантирование плюрализма находится в конфликтном поле, затрагивающем ключевые вопросы европейской интеграции: более глубокий анализ, предпринимаемый в литературе, позволяет выявить его связь с *фундаментальными* вопросами сохранения суверенитета государств-членов союза, создания европейской публичной сферы и спорной легитимации союза по установлению демократических стандартов в сфере формирования общественного мнения[910]. С переходом ЕС от негативной к позитивной интеграции этот конфликт становится только сильнее[911], а в немецком контексте он дополнительно интенсивируется в связи с тем, что в Германии медиакомпетенция принадлежит федеральным землям, следовательно, ее отчасти скрытое перераспределение в пользу ЕС означает и нарушение федеративной структуры ФРГ[912].

2. Своего рода усиливающим формально-юридическим преломлением принципа наделения компетенцией признается введение в статьях 2 – 6 TFEU трех различных типов компетенции ЕС: исключительной, совместной (часто обозначаемой в качестве конкурирующей), а также поддерживающей, координирующей и дополняющей компетенции[913]. Хотя, как уже отмечалось, медиа не упоминаются ни в одной из этих групп, тем не менее, все указанные типы релевантны для медиарегулирования, а потому заслуживают комментария.

---

[910] См.: Roß, L. Op. cit. S. 450, 458-459.

[911] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 12.

[912] В качестве компенсации эрозии компетенции федеральных земель, в том числе и в результате рассмотрения этих вопросов, ФКС (BVerfGE 92, 203), был введен механизм абзаца 2 статьи 23 Основного закона, согласно которому федеральные земли через Бундесрат участвуют в решении вопросов, касающихся ЕС. Конкретизация этого механизма предпринимается в абзаце 6 статьи 23 Основного закона, где установлено, что при затрагивании исключительных законодательных полномочий федеральных земель, среди прочего, в вещательной сфере, права ФРГ как государства-члена ЕС осуществляет назначенный Бундесратом представитель федеральных земель, однако, при участии и по согласованию с федеральным правительством. См.: Fechner, F. Medienrecht. Op. cit. S. 219-220.

[913] Стоит оговориться, что в отличие от Основного закона, компетенционные каталоги TFEU не носят закрытого характера. Кроме того, сам по себе компетенционный каталог не является достаточным основанием для наделения ЕС компетенцией – для этого согласно абзацу 6 статьи 2 TFEU требуется конкретное указание в отдельной предметной области. Договоры ЕС не регулируют распределение компетенций *между* ЕС и государствами-членами, что придавало бы им близкий к конституции характер, а ЕС – свойство государственности; они определяют лишь объем компетенций ЕС. Иными словами, в Договорах не должно содержаться *эксплицитного* указания, например на то, что медиарегулирование находится в компетенции государств-членов ЕС. Хотя это снижает значение категоризации компетенций, для настоящего рассмотрения она сохраняет свою роль в качестве основы систематизации релевантных медиарегулированию полномочий ЕС. Интересно заметить, что в особенности немецкие федеральные земли настаивали на введении четкого разграничения компетенций; введение рассматриваемой категоризации, однако, не принесло ожидаемого результата (например, сохранились и так называемые подразумеваемые полномочия ЕС и иные размытые компетенционные категории). Таким образом, **исключительная компетенция** по общему правилу означает запрет на принятие законодательных мер государствами-членами, неприменение принципа субсидиарности и блокирующий эффект права ЕС. **Совместная (конкурирующая) компетенция** подразумевает возможность законодательства государств-членов в объеме, в котором ЕС не использовал или больше не использует собственную компетенцию. В объеме использованной ЕС компетенции законодательная деятельность государств-членов исключается. Справедливо указывается, что несмотря на применение к этой группе принципа субсидиарности, блокирующий эффект права ЕС дает союзу возможность всеобъемлющего регулирования, при котором не сохраняется дискреция государств-членов; поэтому признается, что название этой группы не отражает ее сущность. **Поддерживающая, координирующая и дополняющая компетенция** не порождает блокирующий эффект права ЕС для государств-членов и подразумевает активную роль государств-членов. В этой группе не допускается гармонизация права последних. Иные категории компетенции ЕС для настоящего рассмотрения несущественны. См. подробнее: Häde, U. AEUV Art. 2 // Frankfurter Kommentar. Op. cit. Rn. 28-33, 37-41, 49-53; Pache, E. EUV Art. 5. Op. cit. Rn. 32-38.

Наиболее жесткая, исключительная компетенция ЕС может быть релевантна для медиарегулирования, в особенности, в аспектах общей торговой политики и установления необходимых для функционирования внутреннего рынка конкурентных правил[914]. Поскольку в рамках этой группы возможности государств-членов сокращаются радикально, последние делают недвусмысленные оговорки о защите культурного суверенитета, в том числе исключая из сферы применения правил свободной торговли аудиовизуальный сектор. Не менее значимы для медиасферы возможности ЕС в сфере антимонопольного регулирования, ведь плюрализм может достигаться за счет противодействия медиаконцентрации. Принципиально, однако, что причинно-следственная связь между концентрацией медиа и плюрализмом не является прямой: конкурентное состояние рынка при определенных условиях может вести и к гомогенизации, то есть устранению плюрализма[915]. Этот подход корреспондирует как общим оговоркам пункта d) абзаца 3 статьи 107 TFEU, так и специальным оговоркам, сделанным государствами-членами в *Амстердамском протоколе*[916], согласно которому их полномочия по финансированию общественного вещания, непосредственно направленного на удовлетворение демократических, социальных и культурных потребностей общества и гарантирование медиаплюрализма, по общему правилу не ограничиваются положениями Римского договора 1957 года, то есть исключаются из сферы действия торговых и конкурентных правил сообщества[917]. В Амстердамском протоколе хорошо различим дуализм экономического и культурного измерения медиа, который красной линией проходит через все европейское медиарегулирование; протокол решает эту дихотомию практически однозначно в пользу культурного аспекта; на практике, однако, влияние ЕС на немецкую систему общественного вещания все же было заметно и на ранних этапах евроинтеграции[918]. Таким образом,

---

[914] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 19-20.

[915] Ibid. S. 42; Beaujean, D., Oelke, C., Wierny, T. Op. cit. S. 15; BVerfGE 158, 389 (417).

[916] Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts – Protocol annexed to the Treaty of the European Community – Protocol on the system of public broadcasting in the Member States. Official Journal C 340, 10/11/1997 P. 0109.

[917] Признается, что **Амстердамский протокол** как часть первичного права ЕС в соответствии со статьей 51 TEU и обязательный для интерпретации Договоров ЕС документ устанавливает границы расширения компетенций ЕС не только путем исключения финансирования общественного вещания из зоны европейской ответственности, но также и предоставления государствам-членам прерогативы оценивать, каким наилучшим образом должна выполняться публичная функция общественного вещания, иными словами, прерогативы конструировать собственный вещательный порядок. См.: Schladebach, M., Simantiras, N. Grundstrukturen des unionalen Rundfunkrechts. Op. cit. S. 787-789. Кроме того, в литературе верно подмечается, что *значение Амстердамского протокола выходит за рамки системы общественного вещания*. Протокол следует интерпретировать как ясный сигнал государств-членов о сохранении в собственной исключительной компетенции конституционно-правовых структур гарантирования плюрализма и вне системы общественного вещания. Это логично, поскольку система общественного вещания на тот момент являлась ключевой гарантией медиаплюрализма. См.: Nielsen, J. Op. cit. S. 387-388.

[918] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 21, 22. В особенности здесь следует указать на **конфликт между Еврокомиссией и ФРГ по поводу согласования финансирования общественного вещания** с находящимся в исключительной компетенции ЕС конкурентным правом союза. Согласно Договорам ЕС по общему правилу субсидии запрещены, а исключения допускаются только в связи с оказанием услуг общего экономического интереса под условием проверки со стороны Еврокомиссии на основе статьи 108 TFEU. Еще с 1990-х годов Еврокомиссия настаивала на

жесткость исключительной компетенции ЕС требует не менее твердой реакции от государств-членов по защите своего культурного суверенитета, *принуждает их к экзистенциальному выбору или-или*, а это, в свою очередь, делает рассмотренную компетенционную группу малопригодной в качестве базы для европейской экспансии в сферу национального гарантирования плюрализма[919].

3. Гораздо более привлекательной для «крадущейся» гармонизации правового регулирования государств-членов в коммуникационной сфере является категория совместной компетенции ЕС. Сохраняя нужный блокирующий эффект права союза, эта категория обладает и необходимой гибкостью – в рамках совместной компетенции допускается не только полная, но и частичная гармонизация права государств-членов и, таким образом, вопрос об их исключении из правотворчества изначально не выносится за скобки. Неслучайно, что среди перечисленных в абзаце 2 статьи 4 TFEU предметов совместной компетенции *внутренний рынок*[920] на сегодняшний день является основой для европейского медиарегулирования[921]. Только при поверхностном рассмотрении

признании вещательного взноса субсидией и по жалобам частных вещателей изучала возможность запрета вещательных взносов в пользу общественных вещателей в силу нарушения конкуренции. В немецкой литературе, напротив, со ссылками на аргументы об особом характере вещательного взноса с конституционно- и финансово-правовой точек зрения отстаивали недопустимость такой классификации. Конфликт не раз становился предметом рассмотрения Люксембургского суда. В итоге реализовался «срединный» вариант: Еврокомиссия исходит из характера субсидии вещательного взноса, но проверяет его по ослабленным критериям пропорциональности финансирования и соблюдения общественными вещателями рыночных принципов в целом. После реформы вещательного взноса в 2012 году вопрос о его совместимости с европейским правом был поставлен перед Судом ЕС, который подтвердил достигнутый компромисс, однако, конфликт явно нельзя считать исчерпанным. См.: CJEU. Südwestrundfunk v. Tilo Rittinger and Others. Case no. C-492/17. Judgment of the Court of 13 December 2018; Schladebach, M., Simantiras, N. Grundstrukturen des unionalen Rundfunkrechts. Op. cit. S. 798-803.

[919] Впрочем, известны примеры, когда Суд ЕС использует исключительную компетенцию ЕС в сфере внешней торговли для существенного ограничения полномочий государств-членов в культурной и образовательной сферах. См., например: CJEU. Commission v. Hungary. Case no. C-66/18. Judgment of the Court of 6 October 2020. Экспертное сообщество признает возможность применения Люксембургским судом аналогичного подхода в коммуникационной сфере: неограниченный приоритет внешнеторговых обязательств может быть инструментализован для противодействия принимаемым государствами-членами ЕС мерам по защите своего культурного сектора. См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 20.

[920] Согласно абзацу 2 статье 26 TFEU **внутренний рынок** охватывает пространство без внутренних границ, в котором согласно положениям Договоров ЕС гарантируется свободное перемещение товаров, лиц, услуг и капиталов. ЕС обязан создавать условия и поддерживать функциональность внутреннего рынка, что следует из абзаца 1 статьи 26 TFEU. Концепт внутреннего рынка включает следующие компоненты: *во-первых,* экономические свободы внутреннего рынка (свобода предоставления услуг, а также свободы движения лиц, товаров и капитала), *во-вторых*, антимонопольное право (в этой части ЕС обладает исключительной компетенцией), *в-третьих*, гармонизацию права согласно статье 114 TFEU. К внутреннему рынку могут относиться и другие элементы политик ЕС, в том числе внешняя торговая политика, а также некоторые секторальные политики союза. *Внутренний рынок является ключевой точкой приложения усилий Еврокомиссии, главным «мотором» европейской интеграции.* Не должна вводить в заблуждение якобы экономическая направленность этого концепта; признается, что не менее важное политическое измерение внутреннего рынка часто игнорируется исследователями, в особенности, из-за дефицита демократической легитимации принимаемых союзом мер. Для коммуникационной сферы особенно значим **концепт цифрового внутреннего рынка**. Справедливо указывается, что концепция цифрового внутреннего рынка направлена скорее не на устранение препятствий для осуществления экономических свобод, а на создание в масштабах ЕС полноценного регулирования, затрагивающего широкий спектр областей – аудиовизуальных медиауслуг, цифрового авторского права, искусственного интеллекта, кибербезопасности, цифровой воинствующей демократии. См.: Terhechte, JP. AEUV Art. 26 // Frankfurter Kommentar. Op. cit. Rn. 7-17, 23, 27-28; The ubiquitous digital single market. URL: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/43/der-allgegenwartige-digitale-binnenmarkt (accessed: 01.09.2024).

[921] См.: Paschke, M. Op. cit. S. 46-54; Fechner, F. Medienrecht. Op. cit. S. 222-224.

убеждающая в ее исключительно экономической ориентации концепция внутреннего рынка позволяет осуществлять медиарегулирование, опираясь на понимание медиа как товара или услуги, в то время как культурное измерение либо остается проигнорированным, либо, что опаснее, подвергается *латентным* трансформациям через его подчинение рыночной рациональности. Полемизируя, заметим, что *неустранимое нормативное напряжение* между двумя этими полярностями открывает практически безграничные возможности для взвешивания или оптимизации медиаправа со стороны институтов ЕС, в ходе чего и осуществляется (недопустимое) вмешательство в национальные коммуникационные порядки; причем ни *метод* создания подобной нормативной дихотомии, ни негативные последствия его применения для реальной информационной автономии личности сущностно не отличаются от сравнимых полярностей – противоречий между индивидуально-субъективным измерением коммуникационных основных прав и их объективно-правовым содержанием или взаимоисключающих измерений плюрализма.

Идея внутреннего рынка подразумевает две различные, но дополняющие друг друга возможности ее воплощения. Исторически первый способ концентрировался на *негативной (пассивно ограничивающей) интеграции,* то есть на применении близких по типу антидискриминационным запретам экономических свобод внутреннего рынка в целях устранения существующих на пути к интеграции препятствий. В релевантных для гарантирования плюрализма аспектах негативная интеграция, прежде всего, была связана с деятельностью Суда ЕС по активированию свобод предоставления услуг, движения товаров и учреждения компаний[922] в отношении трансграничных классических и новых медиа для отмены существующих ограничений в государствах-членах союза.

Важно заметить, что негативная интеграция в рамках внутреннего рынка с самого начала имела политическое измерение, ведь названные ограничения нередко оправдывались гарантированием плюрализма на национальном уровне, соответственно, их экономическое восприятие в качестве подлежащих устранению «барьеров» внутреннего рынка активно критиковалось, в частности, со стороны немецких федеральных земель[923]. Несмотря на то, что свобода предоставления услуг может быть ограничена, а гарантирование плюрализма Суд ЕС признает в качестве допустимого ограничения[924], весьма вольная оценка Люксембургским судом национального медиарегулирования на предмет соразмерности и антидискриминационности является серьезным риском для государств-членов; свобода

---

[922] Вопросы разграничения экономических свобод внутреннего рынка применительно к отдельным типам медиа не имеет большого практического смысла в связи с их конвергенцией в практике Суда ЕС. См.: Fechner, F. Medienrecht. Op. cit. S. 223.

[923] См.: Fechner, F. Medienrecht. Op. cit. S. 219-220.

[924] См., например: CJEU. United Pan-Europe Communications Belgium SA and Others v Belgian State. Case no. C-250/06. Judgment of 13 December 2007. §41.

предоставления услуг в этом контексте может быть непосредственной причиной конфликта[925] или же выступать своего рода «промежуточным звеном» в обосновании применимости основных прав ЕС для оценки национальных действий по гарантированию плюрализма[926].

Позитивная (активно-формирующая) интеграция, подразумевающая принятие законодательных мер по гармонизации и координации, хотя и не является новым явлением в отношении гарантирования плюрализма, однако, «перевесила» негативную интеграцию лишь в последние годы из-за ослабления принципа единогласия, что увеличило доступность первой[927]. Возможности позитивной интеграции вытекают и из экономических свобод внутреннего рынка, однако, лишь небольшой интенсивности, поскольку европейскому законодателю здесь разрешается выпуск лишь директив, но не регламентов[928]. Известным примером является Директива ЕС об аудиовизуальных медиауслугах (далее – AVMSD)[929], компетенционной основой которой выступают экономические свободы внутреннего рынка. Все же для политических амбиций ЕС по созданию европейского коммуникационного порядка подобного уровня позитивной интеграции оказалось недостаточно – требовалась компетенционная норма, не предъявляющая высоких процедурных барьеров и одновременно допускающая издание как директив, так и регламентов. Таковая была найдена европейским законодателем в статье 114 TFEU, уже упоминавшейся выше в контексте ее негативного влияния на принцип наделения компетенцией.

В качестве инструмента позитивной интеграции норма статьи 114 TFEU предусматривает как частичную, так и полную гармонизацию права государств-членов ЕС с

---

[925] Конфликтный потенциал является серьезным, потому что реализация свободы предоставления услуг может быть связана с желанием поставщиков медиауслуг из одного государства-члена обойти запреты другого, в том числе с целью повлиять на общественное мнение. Кроме того, признается как *активная свобода* предоставления услуг, так и *пассивная* – право получать услугу. Столь широкое понимание этой свободы открывает возможности для злоупотреблений со стороны институтов ЕС. Искусственность такой интерпретации подчеркивается в литературе в сравнении с релевантным вторичным правом ЕС: так, согласно пункту g) абзаца 2 статьи 2 Директивы ЕС 2006/123/EG об услугах на внутреннем рынке аудиовизуальные услуги, в том числе вещание, исключаются из сферы ее применения. Это логично, поскольку иное означало бы создание для институтов ЕС «черного хода» для размытия компетенции государств-членов ЕС в сфере гарантирования плюрализма. См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 39-40.

[926] Как уже обсуждалось выше в подразделе 4 §2.2., посвященном Хартии, даже несмотря на то, что создание вещательной монополии или схожие действия в публичном интересе являются допустимым вмешательством государства-члена в свободу предоставления услуг, вводимые в этой связи ограничения могут подвернуться интенсивной проверке Судом ЕС и на соответствие основным правам ЕС. Для упрощения понимания этого «кульбита» в литературе приводится три мыслительных шага: *во-первых*, устанавливается минимальная релевантность предмета регулирования внутреннему рынку, *во-вторых*, предмет регулирования представляется как высокочувствительный для основных прав ЕС, *в-третьих*, уже со ссылкой на основные права ЕС выводится необходимость всеобъемлющего регулирования указанного на первом шаге предмета. См.: Roß, L. Op. cit. S. 461.

[927] См.: Terhechte, JP. AEUV Art. 114. Op. cit. Rn. 14.

[928] Так, на основе абзаца 1 статьи 53 в совокупности со статьей 62 TFEU или на основе абзаца 1 статьи 50 TFEU предусматривается возможность *исключительно* выпуска директив. См.: Nielsen, J. Op. cit. S. 56-60.

[929] См.: Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) (codified version). OJ L 095 15.04.2010. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02010L0013-20181218 (accessed: 01.11.2023) (далее – AVMSD).

целью создания или поддержания функционирования внутреннего рынка[930]; для этого европейский законодатель может принимать «меры», то есть ему доступны все перечисленные в статье 288 TFEU правовые средства[931]. Справедливо признается, что сформулированный по цели, а не по предмету и небольшой по объему юридический состав нормы в совокупности с требованиями лишь квалифицированного большинства в Совете Европейского союза (Council of the European Union) для принятия мер в рамках статьи 114 TFEU порождает реальную угрозу для выхолащивания компетенции государств-членов ЕС[932]. Хотя декларируемая в тексте нормы, ориентированная на внутренний рынок цель должна быть содержательно направлена на устранение существующих или потенциальных искажений конкуренции или препятствий для реализации экономических свобод внутреннего рынка[933], в то же время, согласно практике Суда ЕС, это не означает принципиальную недопустимость у принимаемых в рамках статьи 114 TFEU мер *побочных целей в других сферах*, даже если ЕС не обладает в таковых гармонизирующей компетенцией[934]. Граница применения нормы данной статьи, однако, пролегает там, где связанная с внутренним рынком цель сама становится побочной и случайной[935]. Но

---

[930] **Под гармонизацией** (Rechtsangleichung, Harmonisierung) по смыслу абзаца 1 статьи 114 TFEU понимается, согласно литературе, адаптация национальных предписаний стандартам права ЕС, нацеленных на устранение затрудняющих функционирование внутреннего рынка эффектов, которые порождаются различающимися правовыми предписаниями государств-членов ЕС. Для интеграции правовых систем государств-членов на уровне ЕС применяются два основных метода регулирования общественных отношений, различных по критериям интенсивности и объема вмешательства: полная и частичная гармонизация. *Полная гармонизация* предполагает, что государства-члены ЕС фактически перестают обладать возможностью принимать собственное отклоняющееся (как в сторону смягчения, так и ужесточения) регулирование в определенной правовой области; право ЕС, таким образом, вызывает блокирующий эффект. *Частичная гармонизация*, напротив, означает сохранение определенной дискреции на национальном уровне; различия в широте последней вынуждают выделять некоторые подвиды частичной гармонизации, среди которых важное место занимает минимальная гармонизация. При таком подвиде гармонизации право ЕС предписывает строгие минимальные стандарты, но для государств-членов остается возможность устанавливать собственные, превышающие минимальный уровень правовые предписания. Вопреки мнению, представленному в русскоязычной литературе, важно заметить, что инструментом минимальной гармонизации является не только директива, но и регламент. Несмотря на то, что отнесение регламента к инструментам полной гармонизации, а директивы – к средствам частичной гармонизации является, на первый взгляд, логичным, в немецкой литературе дело представляется сложнее: для определения вида гармонизации важна общая картина, складывающаяся из оценки юридического и фактического распределения компетенций в конкретном случае, а также систематики, целей и конкретных формулировок рассматриваемого правового акта. Например, неопределенность правовых терминов регламента может с учетом обстоятельств конкретного кейса трактоваться как послабление для национальных государств. Напротив, директива может являться инструментом полной гармонизации. См.: Terhechte, JP. AEUV Art. 114. Op. cit. Rn. 19-27, 51; Право Европейского Союза: учебник для бакалавров / под ред. С. Ю. Кашкина. Москва: Проспект, 2015. С.16-17.

[931] См.: Terhechte, JP. AEUV Art. 114. Op. cit. Rn. 69-70.

[932] Решения Суда ЕС также не привели к убедительным результатам относительно ограничения сферы применения этой нормы. См.: Rossi, M. AEUV. Artikel 114 // Vedder, C., Heintschel von Heinegg, W. (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht: EUV, AEUV, GRCh, EAGV: Handkommentar: mit den vollständigen Texten der Protokolle und Erklärungen. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2018. Rn. 2-4.

[933] См.: Terhechte, JP. AEUV Art. 114. Op. cit. Rn. 59.

[934] См.: Roß, L. Op. cit. S. 456-457; Terhechte, JP. AEUV Art. 114. Op. cit. Rn. 59; CJEU. The Queen, on the application of Vodafone Ltd and Others v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform. Case no. C-58/08. Judgment of the Court of 8 June 2010. §36.

[935] См.: CJEU. Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union. Case no. C-377/98. Judgment of the Court of 9 October 2001. §26-28. В литературе предлагается понимать практику Люксембургского суда следующим образом: если фактически *ключевая проблема*, на которую направлена принимаемая в рамках гармонизации мера, связана с внутренним рынком, то не имеет значения, затрагивает ли регулирование иную, отличную

подобное контурирование юридического состава нормы статьи 114 TFEU неизбежно наталкивается на скепсис, если принять во внимание, что установление не декларируемой, а «объективной» цели принимаемой меры остается на усмотрение Люксембургского суда; при этом практика показывает, что даже в самых очевидных случаях Суд ЕС не готов ограничивать спорную активность европейского законодателя[936].

Для медиарегулирования это означает, во-первых, высокий риск стать *латентной ключевой целью* гармонизации права государств-членов ЕС на основе статьи 114 TFEU. Именно это, как признается, уже произошло с EMFA, который содержит ряд мер по гарантированию плюрализма и редакционной независимости, имеющих весьма отдаленное отношение к внутреннему рынку, но непосредственное – к национальному конституционному праву[937]. То же самое справедливо и для DSA, который под эгидой поддержания функционирования внутреннего рынка вводит существенные ограничения свободы выражения мнения[938], при этом радикально снижая роль немецких как федерального, так и земельного законодателей в затронутой сфере правового регулирования[939]. Полемизируя, заметим, что DSA вводит с экономической точки зрения крайне тяжелые и юридически неопределенные обязанности для частных компаний[940], то есть регулирование в итоге создает, а не устраняет трудности для реализации экономических

от внутреннего рынка сферу. Таким образом, могут быть подвергнуты европейскому регулированию и такие сферы, в которых ЕС обладает лишь поддерживающей, координирующей или дополняющей компетенцией. Сомнительно, однако, способен ли Суд ЕС распознать, что является «объективным» ключевым вопросом принимаемой меры в междисциплинарном переплетении ее различных аспектов. См.: Frenz, W., Ehlenz, C. Rechtsangleichung über Art. 114 AEUV und Grenzen gem. Art. 5 EUV nach Lissabon // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2011. S. 624-625.

[936] В качестве наглядного примера приводится решение, в котором Суд ЕС признал гармонизацию требований государств-членов ЕС к срокам обязательного сохранения специфической информации телекоммуникационными сетями ключевой целью по поддержанию функционирования внутреннего рынка, направленную, очевидно, на повышение эффективности уголовного преследования. См.: CJEU. Ireland v European Parliament and Council of the European Union. Case no. C-301/06. Judgment of the Court of 10 February 2009. §58-72; Roß, L. Op. cit. S. 457.

[937] Среди таких предписаний EMFA перечисляются, например, право на доступ к плюралистическому и независимому медиаконтенту (статья 3), минимальные требования к финансированию общественного вещания (статья 5), а также обязывание государств-членов ЕС заранее утверждать «объективные, недискриминационные и соразмерные критерии для оценки слияний на медиарынке на предмет их влияния на медиаплюрализм и редакционную независимость» (пункт d) абзаца 1 статьи 22). См.: Roß, L. Op. cit. S. 458-459. См. подробнее §2.4.

[938] Немецкий судья в отставке Манфред Кельш (Manfred Kölsch) даже называет DSA «троянским конем», созданным для атаки на немецкий конституционный порядок. Публицистический стиль материала позволяет автору более открыто говорить о неустранимых противоречиях DSA и коммуникационных свобод Основного закона, что не снижает ценность его конституционно-правовой аргументации. См. подробнее: Richter warnt: Meinungsfreiheit in der EU in akuter Gefahr. Berliner Zeitung. URL: https://www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/richter-warnt-meinungsfreiheit-in-der-eu-in-akuter-gefahr-li.2177580 (accessed: 18.01.2024).

[939] См.: Schwartmann, R. §20 Öffentliches Medienrecht. Op. cit. Rn. 98; Kuhlmann, S. Der Digital Services Act und seine Folgen für das nationale Medienrecht // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2023. S. 177.

[940] Например, вводимые абзацем 1 статьи 34 и абзацем 1 статьи 35 DSA обязанности поставщиков крупных онлайн-платформ и поисковых машин (VLOPs and VLOSEs) противодействовать системным рискам означают административное сверхрегулирование и, соответственно, кратное увеличение сопутствующих расходов медиакомпаний; предписания акта для более мелких игроков медиарынка также влекут существенные расходы на их выполнение. См. подробнее: Budzinski, O. Europäische Regulierung digitaler Dienste: Eine kritische Würdigung der Entwürfe DMA & DSA aus medienökonomischer Perspektive, Ilmenau Economics Discussion Papers. 2021, No. 158. Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Ilmenau.

свобод внутреннего рынка; справедливо отмечается, что подобное злоупотребление компетенцией в рамках статьи 114 TFEU не соответствует Договорам ЕС[941].

Во-вторых, достаточно парадоксальна сама постановка вопроса об *унификации*[942] *гарантирования плюрализма* в государствах-членах ЕС на основе экономической рациональности внутреннего рынка. Это прямо противоречит как положенной в основу Амстердамского протокола концепции «внеэкономического» гарантирования плюрализма, так и базовым подходам ФКС[943]: плюрализм перестает быть основанием для ограничения экономических свобод внутреннего рынка и становится следствием их эффективной реализации в интерпретации институтов ЕС. Разнообразное национальное конституционно-правовое гарантирование плюрализма само по себе признается угрозой внутреннему рынку ЕС[944]; при этом угрозой оно остается ровно до того момента, когда такое ограничивающее экономические свободы внутреннего рынка регулирование, попутно подвергаясь еще большему ужесточению, переносится в сферу контроля европейских институтов – на уровень вторичного права ЕС, где оно далее квалифицируется как признак хорошо функционирующего внутреннего рынка[945]. По достоинству оценивая угрозу такого положения дел для конституционного порядка Германии, эксперты в сфере европейского медиарегулирования приходят к однозначному выводу, что внутренний рынок не может служить основанием для наделения ЕС компетенцией в сфере гарантирования плюрализма[946].

4. Обращение к третьей категории – сфере поддерживающей, координирующей и дополняющей компетенции ЕС – подтверждает подход, согласно которому союз должен оставаться сдержанным в сфере медиарегулирования. В рамках этого вида, очевидно, основная роль принадлежит государствам-членам ЕС, что находит отражение в *эксплицитном запрете гармонизации* национального права согласно абзацу 5 статьи 2 TFEU[947]; кроме того, активности ЕС должна *предшествовать* деятельность государств-

---

[941] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 36.

[942] Границы между полной гармонизацией и унификацией правового регулирования государств-членов ЕС весьма размытые. В тексте работы мы иногда используем понятие *унификация* в риторических целях, чтобы подчеркнуть, что речь идет о подавлении или по меньшей мере конфликтном вытеснении конституционно-правового медиарегулирования государств-членов ЕС. По общему правилу, однако, в целях единообразного с научной литературой употребления этого понятия, мы используем термин *гармонизация*.

[943] См., например: BVerfGE 149, 222 (260).

[944] См. пункты 4-7 преамбулы EMFA.

[945] См. пункт 2 преамбулы ЕМФА. См. также в этом направлении: Etteldorf, C. Why the Words “But” and “However” Determine the EMFA’s Legal Basis, VerfBlog, 2023/6/13. URL: https://verfassungsblog.de/why-the-words-but-and-however-determine-the-emfas-legal-basis/ (accessed: 18.01.2024); Kraetzig, V. Freedom Governed by Brussels, VerfBlog, 2023/6/12, URL: https://verfassungsblog.de/freedom-governed-by-brussels/ (accessed: 18.01.2024).

[946] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. Summary. Rn. 14.

[947] Этот же принцип исключает блокирующий эффект права ЕС в областях поддерживающей, дополняющей и координирующей компетенции ЕС. См.: Häde, U. AEUV Art. 2. Op. cit. Rn. 49-53.

членов в соответствующих сферах[948]. Статья 6 TFEU называет в рамках данного вида компетенции две релевантные для гарантирования плюрализма политические сферы – образование (статья 165 TFEU) и культура (статья 167 TFEU)[949]. Несмотря на то, что медиарегулирование традиционно связывают с со статьей 167 TFEU, которая является своего рода опорой культурного и демократического измерения медиа, в литературе в критическом ключе обсуждается активность ЕС и в сфере образования, где союз большое внимание уделяет развитию *медиаграмотности* граждан (media literacy)[950].

Норма статьи 167 TFEU проводит узкие границы для активности ЕС в сфере медиарегулирования: абзац 1 указывает на необходимость уважения национального и регионального многообразия, а формулировка о продвижении союзом «общего культурного наследия» акцентирует внимание на отсутствии в первичном праве ЕС цели конструирования *единой европейской культуры*[951]. Таким образом, создание *европейской публичной сферы* как одной из составных частей европейской культуры не может быть эксклюзивной задачей институтов ЕС[952].

---

[948] Отмечается, однако, что это скорее теоретическая, чем практическая проблема: политические области, предусмотренные статьей 6 TFEU, в государствах-членах ЕС не остаются неурегулированными.

[949] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 23.

[950] **Медиаграмотность (медиакомпетентность)** подразумевает способности, знания и понимание, которые делают возможным для граждан эффективное и безопасное использование медиа и не ограничиваются получением знаний об инструментах и технологиях, а нацелены на передачу им способностей критического мышления, являющихся необходимыми, чтобы самостоятельно формировать суждения, анализировать сложные фактические обстоятельства и отличать мнения от фактов (пункт 21 статьи 2 EMFA). Директива AVMSD содержит требования к государствам-членам ЕС по развитию медиаграмотности граждан и предоставлению каждые три года докладов о принятых мерах Еврокомиссии, а также устанавливает полномочия Еврокомиссии издавать руководящие принципы по этому вопросу (статья 33a Директивы), кроме того, видеоплатформы обязаны принимать меры по продвижению медиаграмотности (пункт j) абзаца 3 статьи 28b AVMSD); после принятия EMFA координацией в этой сфере стал также заниматься Европейский совет по медиауслугам (European Board for Media Services, EBMS) (пункт o) абзаца 1 статья 13 EMFA). Как отмечается в литературе, ЕС проводит в сфере медиаграмотности «неформальную» гармонизацию права государств-членов; в особенности, критикуются названные полномочия Еврокомиссии за их несоответствие абзацу 1 статьи 165 TFEU, предполагающему строгое уважение ответственности государств-членов ЕС в сфере формирования их образовательной системы. Европейский план действий по укреплению демократии помещает медиаграмотность в контекст борьбы с дезинформацией и языком ненависти. Несмотря на то, что идея принципиально заслуживает одобрения, исследования и критические материалы в прессе указывают на многочисленные злоупотребления, когда под видом обучения медиаграмотности в действительности осуществляется политическая пропаганда. См.: доклад земельных медиарегуляторов Fakt oder Fake? Jugendschutz, Medienkompetenz und Desinformation. Maßnahmen, Projekte und Forderungen aus Sicht der Landesmedienanstalten. 2022. URL: https://www.die-medienanstalten.de/medienkompetenz/medienkompetenzbericht/fakt-oder-fake-jugendschutz-medienkompetenz-und-desinformation/ (accessed: 18.01.2024); Lacourt, A. Medienkompetenz und die Stärkung der Nutzer. Strasbourg: IRIS, European Audiovisual Observatory, 2024. S. 25-26; Medienkompetenz in der Schule steigt: LehrerInnen haben Misstrauen. NachDenkSeiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=64485 (accessed: 18.01.2024).

[951] По этой причине, как отмечается, в первичном праве ЕС термин культура часто употребляется во множественном числе. Договоры ЕС, таким образом, признают и уважают *культурный плюрализм*. В целом, однако, в ходе развития первичного права культурная компетенция ЕС усиливалась. Подчеркивается, что действующий сегодня абзац 1 статьи 167 TFEU содержит противоречие, с одной стороны, обязывая ЕС способствовать национальным культурам, и, с другой стороны, подчеркивая необходимость продвигать общее культурное наследие. Это отражает девиз ЕС *«единство в многообразии»* (In varietate concordia), но в то же время создает важную для интеграции двойственность и порождает необходимость постоянного взвешивания: *в чем заключается единство, а где допускается многообразие?* См. подробнее: von der Decken, K. AEUV Art. 167 // Frankfurter Kommentar. Op. cit. Rn. 3-6, 8-9, 11.

[952] Институты ЕС могут способствовать культурному обмену, в результате которого будет достигнута более глубокая степень европейской интеграции, но сами они не вправе оказывать для достижения этих целей непосредственное влияние на культуру. Иными словами, они не вправе менять соотношение между *объединяющими*

Все же из статьи 167 TFEU не следует, что государства-члены ЕС обладают исключительной компетенцией в сфере культуры – с принятием Маастрихтского договора компетенция ЕС в этой области обрела самостоятельную, внеэкономическую легитимацию[953]; допускаются как негативная, так и позитивная интеграция в культурной сфере, если принимаемые меры не имеют ее в качестве основного предмета[954]. Очевидно, однако, что абзац 2 статьи 167 TFEU, хотя и упоминает аудиовизуальную сферу, но не дает поводов для обоснования европейского медиарегулирования с опорой на организационно-институциональный аспект: справедливо указывается, что ЕС может осуществлять поддержку определенных вещательных программ, не вмешиваясь несоразмерно в коммуникационные свободы частных лиц, но об установлении, например, основ системы вещания, принципов функционирования общественного вещания или правил приоритизации контента с компетенционной точки зрения не может идти речи[955].

Кроме того, сдерживающим фактором активности ЕС в культурной сфере является оговорка абзаца 4 статьи 167 TFEU, обязывающая союз уважать многообразие культур государств-членов ЕС в своей деятельности на любой компетенционной основе. Сформулированная по цели, оговорка имеет потенциал образовать противовес уже проанализированной норме статьи 114 TFEU, точечно исключая из широкого поля интерпретации внутреннего рынка чувствительные для государств-членов сферы, к которым, разумеется, относится и гарантирование плюрализма. Вместе с этим эта особенность абзаца 4 статьи 167 TFEU способна значительно релятивировать защитный потенциал нормы, что и происходит на практике: противоречивые цели, например, обеспечение функционирования внутреннего рынка и необходимость уважения культур государств-членов ЕС, вынуждают проводить взвешивание, в рамках которого Суд ЕС регулярно игнорирует заслуживающие защиты интересы государств-членов[956].

---

*(*общее культурное наследие) и *разъединяющими* (различные культуры в государствах-членах ЕС) элементами европейской культурной сферы. Унификация гарантирования плюрализма в Европе, как представляется, нацелена как раз на изменение такого соотношения. См.: Ukrow, J., Ress, G. AEUV Art. 167. Op. cit. Rn. 110; Decken, K von der. AEUV Art. 167. Op. cit. Rn. 18-19, 22-23.

[953] См.: Ukrow, J., Ress, G. AEUV Art. 167. Op. cit. Rn. 32-38.

[954] Иными словами, общий запрет гармонизации права государств-членов ЕС в рамках рассматриваемого вида компетенции, конкретизированный в абзаце 5 статьи 167 TFEU, не означает исключение любых мер со стороны ЕС, направленных на культурную сферу, а только таких, которые имеют последнюю в качестве ключевого предмета. См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 44-45. Это обстоятельство существенно релятивирует значение такого запрета и открывает дискуссию о позитивной и негативной интеграции в культурной сфере. Так, признается, что негативная интеграция в культурной сфере может осуществляться посредством мер, которые являются «слепыми в культурно-политическом смысле», то есть речь идет о задействовании с целью культурной интеграции уже рассмотренных в настоящем разделе экономических компетенций ЕС – весьма спорная концепция с точки зрения соблюдения принципа наделения компетенцией. Позитивная интеграция в культурной сфере также может быть результатом применения функционального подхода в рамках внутреннего рынка; в качестве таких примеров приводится Директива AVMSD или недавно принятые EMFA и DSA, соответствие которых абзацу 4 статьи 167 TFEU является предметом спора. См.: Ukrow, J., Ress, G. AEUV Art. 167. Op. cit. Rn. 23-31; von der Decken, K. AEUV Art. 167. Op. cit. Rn. 27, 36.

[955] См.: Ukrow, J., Ress, G. AEUV Art. 167. Op. cit. Rn. 124-129.

[956] См.: von der Decken, K. AEUV Art. 167. Op. cit. Rn. 21.

5. Медиарегулирование и гарантирование плюрализма как части культурной сферы играют основную роль в (вос)производстве национальной идентичности[957]. В этой связи логично считать нормы абзацев 1 и 4 статьи 167 TFEU конкретизацией положений абзаца 2 статьи 4 TEU, обязывающих ЕС уважать национальную идентичность государств-членов ЕС, отражающуюся в их базовых политических и конституционно-правовых структурах[958]. Коммуникационный порядок государства-члена ЕС, в особенности в глубоких деталях разработанный ФКС дизайн немецкой коммуникационной сферы, безусловно, является частью национальной идентичности, поскольку медиарегулирование ввиду конституирующей роли медиа в процессе формирования народной воли на современном этапе задают *сам способ процедурализации суверенитета*[959]. Таким образом, унификация гарантирования плюрализма представляет собой в действительности навязывание с европейской перспективы стандартов реализации государствами-членами ЕС своего собственного суверенитета[960], то есть уничтожение в рамках сообщества *конституционного*

---

[957] См.: Nielsen, J. Op. cit. S. 63-64, 387-388; Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 50.

[958] См.: Nielsen, J. Op. cit. S. 388. Необходимо внести уточнения, касающиеся содержания и соотношения применяемой на европейском уровне категории **национальная идентичность** и разработанной в практике ФКС концепции **конституционной идентичности** (Verfassungsidentität). Отмечается, что категория национальная идентичность шире по содержанию и охватывает конституционную идентичность, при этом к последней относится не только формальное, но и материальное конституционное право. Разумеется, формальное и материальное конституционное право государства-члена ЕС не может быть уравнено с категорией конституционной идентичности, поскольку это бы означало возможность обхода принципа верховенства права ЕС. Речь должна идти лишь о наиболее важных конституционно-правовых структурах: принципах демократии, правового государства или верховенства права, соблюдения прав человека и социального государства, и, если применимо, республиканском и федеративном принципах. При этом, очевидно, что защита национальной идентичности подразумевает не сохранение этих принципов в абстрактном виде самих по себе, а охватывает их конкретные проявления в национальных условиях. Относительно базовых политических структур, упомянутых в абзаце 2 статьи 4 TEU, отмечается, что национальная идентичность государства-члена ЕС может включать важнейшие политические, социальные или культурные особенности и вне конституционного права. Что касается конституционной идентичности в понимании ФКС, то эта концепция как раз защищает перечисленные в абзаце 3 статьи 79 Основного закона принципы как таковые, допуская изменение законодателем их конкретных проявлений в правовой системе. Иными словами, подчеркивается, что государство вправе изменять свою форму, то есть конкретные проявления основных конституционных принципов в рамках границ вечной клаузулы Основного закона. ЕС же, соответственно, должен уважать выбранные государством конкретные модификации в рамках указанных границ. См. подробнее: Haratsch, A. Nationale Identität aus europarechtlicher Sicht // Europarecht. 2016. №2. S. 132-141; Franzius, C. EUV Art. 4 // Frankfurter Kommentar. Op. cit. Rn. 24-27.

[959] Так, ФКС указывал, что европейское объединение на основе заключенного суверенными государствами договорного союза не может быть реализовано таким образом, что государствам-членам ЕС не останется достаточного пространства для политического оформления экономических, культурных и социальных отношений. Согласно позиции суда, в особенности это относится к предметным сферам и политическим решениям, которые тесно связаны с культурными, историческими и языковыми предпосылками. ФКС отдельно подчеркивает, что к таковым относится *порядок свободы выражения мнения, свободы прессы* и свободы собраний. Речь идет о том, что **коммуникационный порядок Германии является неделегируемым ядром немецкой конституционной идентичности**. Кроме того, к названному ядру относится и вещательная система, поскольку Амстердамскому протоколу имманентно понимание общественного вещания как части национальной идентичности. См.: Nielsen, J. Op. cit. S. 63-65; BVerfGE 123, 267 (357-358). *Но какие конкретно «несущие опоры» коммуникационного порядка могут защищаться как элементы национальной идентичности?* Это могут быть принципиальные решения относительно соотношения общественного и частного вещания, вопроса о допустимости свободы определения медиа своей политико-публицистической направленности, установления прав и обязанностей медиа в их отношениях с государством, закрепления правил финансирования медиа и так далее. См.: Roß, L. Op. cit. S. 451, 468-469. Впрочем, встречаются и противоположные мнения, согласно которым распространение защиты национальной идентичности, например, на общественное вещание, квалифицируется как слишком широкая интерпретация этого принципа. См.: Franzius, C. EUV Art. 4. Op. cit. Rn. 30-31.

[960] См.: Roß, L. Op. cit. S. 460, 469-470.

плюрализма. Очевидно, опасаясь получить от государств-членов ЕС нежелательный ответ на политический вопрос, – продолжать ли европейскую интеграцию, в каком объеме и с какой скоростью – институты ЕС стремятся перевести проблему в юридическое измерение *«интеграции через право»*[961] и таким способом добиться монополии на квалификацию коммуникационных порядков государств-членов ЕС как демократических или недемократических, что в итоге должно восполнить дефицит легитимации самого союза.

Эффективным способом создать автономную демократическую легитимацию ЕС является конструирование как в целом *европейской идентичности*, так и *европейской публичной сферы* (europäische Öffentlichkeit) как культурного (медиа)проекта в частности[962]. Трудности, которые обсуждаются в литературе в контексте формирования европейской идентичности, зачастую связаны именно с отсутствием соответствующей инфраструктуры – убедительного представительства транснациональных европейских медиа, которые были бы в силах создать консолидированное общественное мнение в Европе и, таким образом, внести вклад в европейскую публичную сферу[963]. На создание такой инфраструктуры в рамках реализации культурного проекта европейской публичной сферы и направлены, по нашему мнению, меры по медиарегулированию, принимаемые в ЕС под эгидой внутреннего рынка. Иными словами, представляется, что ЕС обходит компетенционные ограничения, следующие из абзаца 2 статьи 4 TEU в совокупности с абзацами 1 и 4 статьи 167 TFEU, в действительности имея *латентную ключевую цель* по устранению культурного

---

[961] **Концепция интеграции через право** делает акцент на праве как инструменте формирования европейского сообщества и является, таким образом, феноменом, находящимся на стыке права и политики. Из этого двойственного положения следует ряд условий, при соблюдении которых интеграция через право может быть успешной. *Во-первых*, инструментализация права для целей европейской интеграции не должна нивелировать его стабилизирующую функцию; право не может предвосхищать политические решения. *Во-вторых*, следует придерживаться границ реальнополитически возможного, поскольку с помощью права невозможно выйти за их пределы – скорее право будет «перегружено» и потеряет свой авторитет и нормативную силу. *В-третьих*, при интеграции через право должен поддерживаться удовлетворительный уровень легитимности осуществляющих ее институтов. В более широком контексте идею интеграции через право можно понимать как *функционализацию всего правопорядка* для достижения определенной (интеграционной) цели. О выполнении этих условий в контексте европейского медиарегулирования можно спорить. См. подробнее: Lautsch, E.R. Integration durch Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023; Thiele, A., Meyer, T. Integration durch Recht // Europarecht. 2024. №1. S. 87-89; о рисках интеграции через право в контексте европейского медиарегулирования: Roß, L. Op. cit. S. 471-473.

[962] **Европейская публичная сфера** приобретает центральное значение в дискуссиях о европейской интеграции с 1990-х годов. На основе релевантной концепции Хабермаса в литературе дается определение европейской публичной сферы *как сети для обмена содержанием и мнениями, коммуникационные условия которой делают возможными дискурсивное образование мнений и воли открытой публики в транснациональном европейском пространстве вне языковых границ, которое осуществляется прежде всего массмедиально*. См.: Ingold, A. Europäische Öffentlichkeit: Entwicklungen an der Schnittstelle von Legitimations- und Kommunikationsordnung // Europarecht. 2024. №6. S.542-543.

[963] Представляется, что иные трудности, обсуждаемые в контексте формирования европейской идентичности, как, например, отсутствие единого языка, теряют свою остроту с развитием технологий. Наиболее актуальной проблемой, таким образом, является отсутствие европейских медиа и соответствующей инфраструктуры. Развитие европейской публичной сферы при этом необязательно должно идти по пути создания транснациональных европейских медиа, как, например, *Politico* или *Euractiv*, речь может идти и о *европеизации национальных медиа.* Поскольку согласно социологическим исследованиям около 30% жителей ЕС не чувствуют себя европейскими гражданами, представляется, что последний путь является для европейских институтов более приоритетным – через европеизацию национальных медиа можно легче и эффективнее обращаться к этой аудитории. См.: Haratsch, A. Op. cit. S. 142-143; Standard Eurobarometer 101 - Spring 2024. URL: https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3216 (accessed: 01.10.2024).

(медиа)плюрализма в рамках сообщества посредством его вытеснения европейской публичной сферой.

Столь серьезное подозрение в нарушении первичного права союза институтами ЕС требует отдельного комментария. Во-первых, следовало бы доказать *системность* принимаемых ЕС мер, а также их *ключевую направленность* не на внутренний рынок, а на культурную сферу. Убедительные подтверждения этому можно найти, анализируя принятый в 2020 году Европейский план действий по укреплению демократии[964], который практически не использует топосы внутреннего рынка, однако, содержательно в рамках специального раздела о гарантировании медиасвобод и медиаплюрализма включает меры, которые затем практически в полном объеме были приняты в рамках DMA, DSA, EMFA и некоторых других актов вторичного права ЕС, опирающихся на компетенционные нормы о внутреннем рынке. Так, DMA[965] в соответствии с планом стремится отдать под исключительный контроль Еврокомиссии *крупных медиапосредников* (Gatekeepers)[966], что важно для плюрализма в контексте перераспределения рыночной власти, в особенности, в рамках

[964] **Европейский план действий по укреплению демократии**, принятый в форме сообщения Еврокомиссии, особое внимание уделяющий «усилению» медиасвобод и медиаплюрализма, связывает последние в первую очередь с демократией, верховенством права и правами человека как центральными ценностями ЕС; экономическая аргументация необходимости европейского медиарегулирования и гарантирования плюрализма либо не воспроизводится, либо рынок вовсе преподносится как негативный фактор, ограничивающий плюрализм. Непосредственно в рамках медиарегулирования и гарантирования плюрализма план предусматривает: *(1)* усиленную координацию со стороны Еврокомиссии деятельности медиарегуляторов государств-членов ЕС, в том числе в рамках привилегирования общественно-значимого контента, *(2)* усиление защиты журналистов, в том числе финансовую поддержку и процессуальное привилегированние журналистов в рамках судебных споров, возникших по предмету их деятельности, *(3)* разработку профессиональных журналистских стандартов, *(4)* введение или усиление европейского контроля за медиапосредниками и онлайн-платформами, в том числе наложение на них обязательств по оценке вытекающих из их деятельности «системных рисков» для защиты публичного интереса и основных прав, *(5)* за медиасобственностью, *(6)* за распределением рекламных бюджетов со стороны государств-членов ЕС, *(7)* за национальными мерами по гарантированию плюрализма. Наряду с этим документ традиционно для европейских политических программ последних лет включает набор нарративов о борьбе с дезинформацией и влиянии на выборы, в особенности из третьих стран, необходимости повышения медиаграмотности, противодействия языку ненависти и так далее. Примечательно, что амбиции Еврокомиссии, автора документа, выходят за рамки территории ЕС – план предусматривает активное вмешательство европейских институтов в дела суверенных иностранных государств с целью «продвижения демократии», в том числе введение против них финансовых санкций «за распространение дезинформации», финансирование действующих на их территории проевропейских медиа, а также непосредственное влияние на их медиаполитику посредством финансирования иностранных правительств. См.: European Democracy Action Plan. COM(2020) 790 final. Brussels, 3.12.2020. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=COM:2020:790:FIN (accessed: 01.10.2024). Отметим, что искусственность аргументации в русле внутреннего рынка станет особенно заметна, если сравнивать план с преамбулами изданных на основе статьи 114 TFEU DMA, DSA или EMFA. О том, что внутренний рынок является лишь прикрытием для вмешательства ЕС в коммуникационные порядки государств-членов, открыто говорится и в научной литературе. Например, в отношении EMFA признается чисто техническая роль статьи 114 TFEU как компетенционной основы; на это указывает не только содержание, но даже название регламента. См.: Kraetzig, V. Europäische Medienregulierung – Freiheit durch Aufsicht? // Neue Juristische Wochenschrift. 2023. №21. S. 1487-1488; Beaujean, D., Oelke, C., Wierny, T. Op. cit. S. 12-13.

[965] Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) OJ L 265/1, 12.10.2022. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj/eng (accessed: 01.09.2024) (далее – DMA).

[966] На данный момент в качестве таковых Еврокомиссия признала 7 крупнейших технологических компаний: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft, Booking. См.: Gatekeepers. URL: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en (accessed: 01.10.2024).

рынка интернет-рекламы – существенного источника доходов для медиакомпаний[967]. DSA, вновь при ведущей роли Еврокомиссии, предусматривает полную гармонизацию правовых подходов относительно регулирования деятельности онлайн-платформ и поисковых машин, очевидно преследуя релевантные для гарантирования плюрализма цели; в особенности непосредственные возможности Еврокомиссии влиять на содержание распространяемого на них контента являются мощным инструментом для «европеизации» коммуникационных порядков государств-членов ЕС[968]. Наконец, EMFA, центральный для гарантирования медиаплюрализма акт вторичного права ЕС, включает практически все остальные содержательные пункты плана – то есть является несущей конструкцией будущего коммуникационного порядка ЕС[969].

Сложно не увидеть за этим *системный подход по формированию европейской публичной сферы*. Аналогичные результаты дает анализ иных документов, принятых Еврокомиссией. Например, опубликованная одновременно с Европейским планом действий по укреплению демократии детализирующая его программа действий в медиасфере также затрагивает значимые для гарантирования плюрализма аспекты, среди которых отдельного упоминания заслуживают европейское финансирование медиа, в том числе через участие в капитале медиакомпаний или их долгосрочного кредитования, а также создание *общей экосистемы данных для медиа*, то есть развертывание единой цифровой инфраструктуры и базы данных, в особенности новостного контента, для прессы, коммерческого и общественного вещания, а также новых медиа; при этом новости будут машинным образом

---

[967] См.: Beaujean, D., Oelke, C., Wierny, T. Op. cit. S. 14.

[968] **DSA** не эксплицирует цель создания европейской публичной сферы, но опосредованно является инструментом для оформления дискурсивного пространства в ЕС при непосредственном руководстве Еврокомиссии. Профессор Ингольд выделяет пять измерений воздействия DSA на коммуникационный порядок для управления общественной дискуссией, которые мы снабдили комментарием: 1) *привилегирование ответственности* информационных посредников на основе размытых критериев, в особенности в свете введенной DSA «привилегии доброго самаритянина» (статья 7 DSA); 2) *институционализация механизма жалоб на контент,* в особенности обязывание информационных посредников в приоритетном порядке учитывать интересы отдельных участников коммуникационного процесса (см. подраздел 7 §2.4.); 3) обязывание крупных онлайн-платформ противодействовать *системным рискам*, в особенности во время кризисов, что означает как управление легальным контентом в сети, так и оказание решающего влияния на системы саморегулирования участников рынка (см. подробнее подраздел 5 §2.4.); 4) установление завышенных требований к *транспарентности* информационных посредников, что открывает неограниченные возможности для их правительственного и общественного контроля; 5) *учреждение системы надзора* за соблюдением DSA при доминирующей роли Еврокомиссии. См.: См.: Ingold, A. Op. cit. S. 556-562; Gerdemann S., Spindler G. Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1). Grundlegende Strukturen und Regelungen für Vermittlungsdienste und Host-Provider // Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR). 2023. №1-2. S.3-11.

[969] **EMFA** непосредственно направлен на формирование европейской публичной сферы, хотя его интенция представляется профессору Ингольду недостаточно согласованной. Абстрагируясь от конкретного содержания акта, которое анализируется в §2.4, обратимся к представленной ученым концепции *структурного* влияния европейских институтов на европейский коммуникационный порядок с помощью этого акта в нашей интерпретации, которая включает три аспекта: 1) *вертикальное* противопоставление государств-членов ЕС и медиа при помощи создания новых прав и усиления традиционных требований к государствам не вмешиваться в коммуникационный порядок; 2) «*диагональная*» интенсивная координация медианадзора на европейском и национальном уровне; 3) *горизонтальное* противопоставление медиа друг другу с помощью адресного привилегирования. На наш взгляд, таким образом EMFA позволяет институтам ЕС, в особенности Еврокомиссии, по-новому «разделить» европейскую коммуникационную сферу в соответствии с собственными властными интересами. См.: Ingold, A. Op. cit. S. 562-566.

переводиться на соответствующие языки ЕС[970]. Данная суперструктура, пока остающаяся проектом, вполне пригодна, чтобы обеспечить возникновение европейской публичной сферы. В контексте конструирования последней также заслуживают упоминания Европейская цифровая стратегия и принятый в конце 2023 года Пакет по обороне демократии[971].

Во-вторых, следует установить *причинно-следственную связь* между регулятивным воздействием ЕС на коммуникационные порядки государств-членов и формально-юридическими трансформациями, ведущими к созданию автономной демократической легитимации союза. Лучше всего, на наш взгляд, эту проблематику удалось концептуализировать профессору публичного права Альберту Ингольду (Albert Ingold). Вначале он справедливо указывает на содержательное напряжение между *легитимационным порядком,* формализованным в конституционном праве государств-членов и первичном праве ЕС, и *коммуникационным порядком*, опирающимся на эмпирический подход и фактические возможности влияния на общественное мнение[972]. Затем примерно следующим образом иллюстрируется взаимодействие двух названных категорий: европейский законодатель, не имея компетенции из Договоров ЕС, инструментализирует относимое к внутреннему рынку вторичное право союза, чтобы взять

---

[970] При этом в рамках подобной экосистемы, сравнимой с мировым информационным агентством, предусматривается также проверка достоверности новостей, в том числе с помощью алгоритмов. Кроме того, программа предусматривает ряд инициатив, направленных отдельно на новостной медиасектор, включающих как меры финансовой поддержки со стороны ЕС или крупных фондов и благотворителей, так и создание европейских сетевых структур новостных медиа. Наконец, релевантны для создания европейской публичной сферы также упоминаемые в документе меры о приоритизации общественно-значимого контента, финансовая поддержка молодых журналистов и развитие медиаграмотности. Любопытно, что документ хотя и содержит релевантный для внутреннего рынка экономический контекст, однако демократическое и культурное измерение явно образуют его базис. См.: Europe’s Media in the Digital Decade: An Action Plan to Support Recovery and Transformation. COM(2020) 784 final. Brussels, 3.12.2020. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0784 (accessed: 01.10.2024).

[971] **Европейская цифровая стратегия** помимо развития коммуникационных технологий эксплицирует цель создания «открытого, демократического и устойчивого общества», направленную на реализацию европейских ценностей в цифровой среде. Конкретно в документе обсуждаются схожие с уже проанализированными программными документами (COM(2020) 784, COM(2020) 790) меры. См.: Shaping Europe's digital future. COM(2020) 67. Brussels, 19.2.2020. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:52020DC0067 (accessed: 01.10.2024). Пакет по обороне демократии анализируется в рамках подраздела 6 настоящего параграфа.

[972] Основываясь на работе Ингольда, **легитимационный порядок** следует считать публично-правовым обоснованием существующих политических отношений; в случае ЕС он характеризуется отсутствием *автономной демократической легитимации* союза, то есть производным характером его правосубъектности. В то же время, с принятием Маастрихтского и Лиссабонского договоров был сделан шаг как минимум к частичной государственности ЕС. Однако, пока фактически отсутствует достаточная гомогенность общественного сознания европейского населения, юридически полноценная конституционно-правовая правосубъектность ЕС не отражена в конституции Европейского союза, а также действуют принципы наделения компетенцией и уважения национальной идентичности, ЕС, согласно практике ФКС, остается в гибридном состоянии *«Staatenverbund»*. Спорным является вопрос, может ли ЕС, находясь в таком статусе, самостоятельно издавать правовые акты, которые направлены на устранение фактических предпосылок, препятствующих обретению им полноценной государственности. К последним относится и отсутствие европейской публичной сферы. Здесь становится востребованной категория **коммуникационного порядка**, подразумевающая действующий правовой режим, посредством которого на территории ЕС урегулированы общественные отношения в сфере массовой и индивидуальной коммуникации. Наиболее продуктивные исследования европейской публичной сферы, по Ингольду, следует проводить в точке сопряжения этих двух категорий. См.: Scholz, R. GG Art. 23 // Maunz, T., Dürig, G., et al. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 106. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 42-49; См.: Ingold, A. Op. cit. S. 544, 550.

под контроль коммуникационные порядки государств-членов и, таким образом, создать европейскую публичную сферу как фактическую предпосылку для обретения ЕС полноценной государственности. Вызванное действиями ЕС радикальное ослабление возможностей государств-членов по влиянию на коммуникационную область должно в итоге привести, пусть и с задержкой, к изменениям в первичном праве союза. Европейская публичная сфера, таким образом, характеризуется *концептуальной латентностью* (konzeptionelle Latenz): как культурный проект ЕС она остается скрытой до тех пор, пока концептуальное расхождение между первичным и вторичным правом не будет устранено в пользу *последнего*[973]. В том, что подобная стратегия является нарушением принципа правового государства, сомнений не остается: никакая цель не может оправдывать неправовое средство[974].

Расхождение между первичным и вторичным правом ЕС, отражающее напряжение между легитимационным и коммуникационными порядками, частично уже было показано выше. С одной стороны, вытекающей из Договоров ЕС компетенции союза в сфере медиарегулирования однозначно недостаточно для создания европейской публичной сферы, даже если принять во внимание сделанные Маастрихтским и Лиссабонским договорами шаги в сторону более тесной политической интеграции[975]. С другой стороны, на уровне вторичного права ЕС наблюдается изобилие релевантного регулирования: не только DMA, DSA или EMFA, фронтально направленные на завоевание власти в коммуникационной сфере, но и ряд других актов существенно меняют соотношение сил в этой области. Приведем лишь два примера. Так, общий регламент по защите данных (General Data Protection Regulation)[976] под эгидой права на защиту персональных данных сначала радикально сужает пространство для реализации коммуникационных свобод, а затем посредством неопределенных и сложно рационализируемых правовых предписаний делает исключения из установленного режима, что явно сигнализирует о намерении переструктурировать властные отношения в коммуникационной сфере[977]. Кроме того,

---

[973] См.: Ingold, A. Op. cit. S. 567.

[974] На это же указывает немецкий исследователь Виктория Кретциг *(Viktoria Kraetzig)*, признавая при этом действия ЕС в сфере медиарегулирования угрожающими организованному на федеративных началах медиаплюрализму Германии. В этом смысле сделанный нами в §1.1. выбор в пользу реалистической парадигмы можно считать полностью оправданным. См.: Kraetzig, V. Europäische Medienregulierung – Freiheit durch Aufsicht? Op. cit. S. 1490; в этом же направлении Hennemann, M. Der European Media Freedom Act oder: Von Zielen und Mitteln des Medienrechts. // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. 2024. S.502-503.

[975] См.: Ingold, A. Op. cit. S. 550.

[976] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). OJ L 119/1, 04.05.2016. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj/eng (accessed: 01.09.2024) (далее – GDPR).

[977] **GDPR**, опираясь на нарратив о защите данных и охватывая все формы цифровой коммуникации, в действительности оказывает существенное влияние на функционирование публичной сферы. С одной стороны, *регламент по умолчанию устанавливает режим, серьезно затрудняющий свободную коммуникацию*, в особенности в социальных сетях. С другой стороны, для гармонизации права на защиту персональных данных со свободой выражения

недавно принятая директива ЕС, посвященная защите журналистов и правозащитников от необоснованных судебных претензий[978], при более глубоком анализе предстает в качестве спорного основания для отказа в конституционно гарантированной судебной защите лицам, чьи права, в особенности на неприкосновенность частной жизни, были нарушены журналистами, деятельность которых власти оценивают на основе размытых критериев как важную для демократии[979]. Все эти акты образуют звенья одной цепи; представляется, что ЕС не столько интересует медиарегулирование и гарантирование плюрализма сами по себе, сколько достижение их посредством цели автономной демократической легитимации.

6. Наконец, особняком стоит, а если полемизировать – представляет собой автономный *универсум дискурса* (universe of discourse), проблематика ценностей в контексте европейской интеграции. Следует оговориться, что инструментализация европейскими институтами ценностей *неспецифична* лишь для коммуникационной сферы; «ценностное мышление», помимо его ослабляющего воздействия на правовую систему и науку в целом, в последние годы имеет ключевое значение для трансформации всех несущих структур Европейского союза: *с его помощью функциональная легитимация ЕС преобразуется в полноценную конституционно-правовую*, со всеми последствиями в виде обретения союзом государственности, отмены принципа наделения компетенцией и введения со стороны ЕС

мнения и свободой информации акт допускает *привилегирование лиц и организаций* для выполнения ими журналистских, научных и культурных целей (статья 85 GDPR). Обратим внимание, что *медиапривилегия* для осуществления журналистской деятельности дается главным образом профессиональным журналистам, в то время как частные лица, политические партии, некоммерческие и коммерческие организации вынуждены сталкиваться с серьёзными барьерами для участия в коммуникации (см, например, медиапривилегия в Германии, §23 MStV или §22a Berliner Pressegesetz; Ingold, A. Op. cit. S. 552-555; критически об эффективности GDPR в целом: Hoffmann-Riem, W. Digitale Disruption und Transformation // Eifert, M. (Hrsg.) Digitale Disruption und Recht: Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2020. S. 175-180.

[978] Directive (EU) 2024/1069 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 on protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded claims or abusive court proceedings (‘Strategic lawsuits against public participation’). OJ L, 16.04.2024. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1069/oj/eng (accessed: 01.09.2024).

[979] **Anti-SLAPP Directive** – вступивший в силу в мае 2024 года документ, который обязывает государства-члены ЕС в течение двух лет предусмотреть в национальном законодательстве инструменты для противодействия судебным искам превосходящих по силам участников гражданского процесса против представителей гражданского общества с целью предотвратить участие последних в публичной дискуссии (strategic lawsuit against public participation, далее – SLAPP). В первую очередь речь идет о журналистах, ученых и политических активистах, которые необоснованно подвергаются правовым интервенциям со стороны, как правило, крупного бизнеса. Мера презентуется как гарантия плюрализма (см. пункты 5, 8 и 23 преамбулы). В силу принципа наделения компетенцией сфера применения директивы пока ограничивается гражданскими SLAPP-исками трансграничного характера, но уже обсуждается масштабирование этой идеи на уголовный и административный процесс. Иск признается злоупотреблением по заявлению ответчика после оценки судом его основной цели на основе открытого списка критериев, после чего против истца могут быть применены санкции: отклонение SLAPP-иска на самой ранней стадии процесса до устного разбирательства, обеспечение судебных расходов из средств истца, опубликование судебного решения и другие. Германский союз судей и прокуроров (Deutscher Richterbund) критикует директиву, отмечая, что она может серьезно затруднять право на судебную защиту, поскольку на ее основе *любой судебный спор в сфере свободы выражения мнения можно будет признать SLAPP-злоупотреблением.* Другие эксперты опасаются, что директива ослабит базовые принципы гражданского процесса. См. подробнее: Selinger, J. Besserer Schutz vor missbräuchlichen Klagen? Zum Potential der EU-Anti–SLAPP-Richtlinie // Newsletter Menschenrechte. 2024. №2. S.85-90; Stellungnahme zum Vorschlag der Anti-SLAPP-Richtlinie. Deutscher Richterbund. URL: https://www.drb.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/8 (accessed: 01.09.2024); Fricke, M., Polster, A-K. Anti-SLAPP-Richtlinie der EU. URL: https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/presserecht/anti-slapp-richtlinie-der-eu/ (accessed: 01.09.2024).

существенных ограничений конституционной автономии государств-членов сообщества[980]. Не стремясь во всех подробностях воспроизвести эти трансформации, попытаемся спроецировать их на проблематику гарантирования плюрализма, где обращение к ценностям также знаменует локальную *смену парадигмы,* прежде всего, по следующим причинам.

Во-первых, описанная выше компетенционная логика Договоров ЕС абсолютно не приспособлена для гарантирования ценностей[981], ведь они, вспоминая Николая Гартмана (Nicolai Hartmann), «выступают как абсолютная, автономная, последняя инстанция», не признающая ничего выше[982]. *Противопоставить ценностный порядок компетенционному порядку есть эффективный способ размыть или вовсе устранить последний*[983]. Разумеется, явный выход ЕС за рамки своей компетенции в коммуникационной сфере, в чем убеждает сказанное выше, не может являться решением на долгосрочную перспективу, он требует легализации и, представляется, для этого европейские институты избрали полный преимуществ ценностный путь в качестве основного.

Так, ценности обладают всенаправленным действием: их можно защищать от внешнего врага, государств-членов и даже граждан союза[984]. Хотя изложенные в статье 2 TEU принципы являются ядром европейской идентичности[985], а значит должны быть направлены на стабилизацию, в то же время их абстрактный характер и противоречивое соотношение создают сравнимую с применением широкой интерпретации плюрализма динамику, предполагающую постоянные конкретизацию, актуализацию и оптимизацию, в процессе которых выводятся детальные, зачастую не допускающие дискреции правовые

---

[980] На наш взгляд, наиболее убедительно эти проблемы концептуализирует профессор Мартин Неттесгейм (Martin Nettesheim). Он указывает, что в начале своей истории ЕС был ориентирован на конкретные проекты и потому обладал *функциональной легитимацией*: сначала – для обеспечения мира в послевоенной Европе, позже – для проведения экономической интеграции, а также координации в сфере безопасности и защиты окружающей среды. Легитимация сообщества зависела от успеха этих проектов, что воспринималось как преграда для создания *европейской федерации*. Самопрезентация же ЕС в качестве *союза ценностей* позволяет европейским институтам без оглядки на измеримые результаты европейской интеграции активно заниматься формированием европейской идентичности посредством близкой к гражданской религии ценностной идеологии. Приобретение ценностями правового качества, в частности, квалификация содержания статьи 2 TEU не как набора программно-политических принципов, а как жесткой юридической *оговорки о гомогенности* (Homogenitätsklausel) открывает путь к федерализации союза. Спорно, однако, обладают ли институты ЕС необходимым «конституционно-легитимационным капиталом», чтобы оправдать данные изменения; однозначно, во всяком случае, что тексты Договоров ЕС не уполномочивают их на это. Можно согласиться с мыслью автора, что *неправовые* попытки скорректировать регрессивные изменения в отдельных государствах-членах ЕС наносят объединению в целом еще бóльший ущерб, поскольку они воспринимаются как недопустимое отклонение от содержания Договоров ЕС. См.: Nettesheim, M. Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung. // Europarecht. 2022. №5. S.525-545.

[981] См.: Nettesheim, M. Die „Werte der Union“. Op. cit. S. 529.

[982] См.: Terhechte, JP. EUV Art. 2 // Frankfurter Kommentar. Op. cit. Rn. 11.

[983] См.: Kraetzig, V. Europäische Medienregulierung – Freiheit durch Aufsicht? Op. cit. S. 1488.

[984] Ценности обладают двунаправленном действием: *во-первых*, как фундамент для интеграции *внутри* союза, в том числе в соответствии с абзацем 1 статьи 3 TEU о воплощении ценностей и в рамках ключевого в этом контексте механизма статьи 7 TEU. Оговоримся, что отсылки к ценностям часто встречаются в Договорах ЕС и не сконцентрированы только в статье 2 TEU. *Во-вторых*, ценности играют роль и во *внешней политике ЕС*, например, в рамках отношений с соседними странами в соответствии со статьей 8 TEU. В целом же внешнее действие ценностей связано с экспансией *мирового порядка, основанного на правилах*. См.: Terhechte, JP. EUV Art. 2. Op. cit. Rn. 6-10.

[985] См.: Schorkopf, F., Hilf, M. EUV Art. 2 // Grabitz, E., Nettesheim, M. (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union. 83. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Rn. 11-14.

предписания, делающие все менее обязательным обращение к предметной компетенции ЕС[986]. Таким образом, институты ЕС могут получить всю полноту власти, одновременно с этим маскируя ее политический характер и сохраняя иерархичность[987]. Здесь следует особенно подчеркнуть, что в компетенционную структуру ЕС встроена и Хартия, об этом напоминает ее абзац 2 статьи 51, уже анализировавшийся выше; в соприкосновении с ценностной идеологией статьи 2 TEU, однако, Хартия приобретает принципиально иную направленность – не против институтов ЕС, а против государств-членов, реализующих свое собственное право, даже несмотря на то, что это противоречит абзацу 1 статьи 51[988].

Во-вторых, активирование статьи 2 TEU помогает обходить запрет абзаца 2 статьи 4 TEU, направленный на сохранение национальной идентичности государств-членов ЕС. Признается, что статья 2 TEU является сходной по содержанию с абзацем 1 статьи 28 Основного закона *оговоркой о гомогенности,* свойственной федеративным государствам[989]. Данная норма задает рамки осуществления государствами-членами своей конституционной автономии и суверенной власти в сфере их собственной компетенции, потому гарантией ее достаточной правовой определенности должен быть высокий уровень конкретизации ценностей[990]. Являющаяся реальностью широкая интерпретация ценностей, однако, уже привела к тому, что, как указывается, «Европарламент и Еврокомиссия придерживаются позиции, согласно которой статья 2 TEU дает ЕС компетенцию переформатировать конституционную автономию государств-членов и давать указания, каким требованиям должны удовлетворять их базовые государственно-правовые структуры»[991]. Суд ЕС едва ли

---

[986] Имеется в виду, что ценности как правовые нормы приобретают самостоятельное значение; при этом законодательство ЕС и государств-членов перестает восприниматься как конкретизирующее их, скорее, ценности требуют гармонизации применительно к каждому конкретному случаю, в том числе и за счет текста писаного права, что существенно снижает роль последнего. С точки зрения продолжающейся евроинтеграции, однако, это имеет преимущества – таким образом не соблюдаются правовые предписания, не соответствующие фактическому соотношению сил союза и государств-членов.

[987] Профессор Неттесгейм отмечает, что двойственности, многозначности и дискреции, свойственные конкретизации абстрактных ценностей, «*абсорбируются в технократическом дискурсе»* и не транслируются вовне. При этом внешне защита ценностей преподносится как защита чего-то бесспорного и существующего. Таким образом, собственно политические меры не обсуждаются обществом открыто и не анализируются наукой, вместе с тем конкретизированные ценности представляют весьма жесткие правила поведения и влекут серьезные последствия за неисполнение. Например, Неттесгейм в ходе критики указывает на выдвигаемые идеи *привлекать судей государств-членов к уголовной ответственности за тяжкое и умышленное нарушение ценностей статьи 2 TEU*. См.: Nettesheim, M. Die „Werte der Union“. Op. cit. S. 533-537; о критикуемых Неттесгеймом идеях см.: Bogdandy, A von., Spieker, LD. Reverse Solange 2.0: Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter // Europarecht. 2020. №3. S. 301-332.

[988] См.: Schorkopf, F., Hilf, M. EUV Art. 2. Op. cit. Rn. 12a. Профессор Неттесгейм также отмечает, что посредством использования ценностного нарратива институты ЕС получают политический доступ к сфере основных прав, который по общему правилу запрещается или серьезно ограничивается. Таким образом, кажущееся расширение защиты основных прав на все сферы политики ЕС и государств-членов в действительности означает *снижение фактической защиты*, поскольку потенциально создается кратно большее число конфликтов с основными правами, и, следовательно, вводится все больше ограничений, в том числе и затрагивающих существо основного права. См.: Nettesheim, M. Die „Werte der Union“. Op. cit. S. 532.

[989] См.: Nielsen, J. Op. cit. S. 113.

[990] См.: Nettesheim, M. Die föderale Homogenitätsklausel des Art. 2 EUV // Europarecht. 2024. №3. S. 269-300.

[991] Nettesheim, M. Die „Werte der Union“. Op. cit. S. 533.

остается более сдержанным, (пока) не признавая статью 2 TEU в качестве самостоятельного основания и используя ее только с другими нормами Договоров ЕС, что, однако, по ряду причин не убеждает в хорошей защищенности суверенитета государств-членов[992]. Скорее, систематические конфликты Люксембургского суда с государствами-членами ЕС на компетенционной почве однозначно говорят о его активной политической роли в перестройке внутренней архитектуры ЕС в интересах европейских институтов[993].

7. Установив причины, по которым для европейских институтов при регулировании коммуникационного порядка перспективно обращение к ценностям, необходимо определить место собственно плюрализма в их системе. С одной стороны, плюрализм непосредственно упоминается в предложении 2 статьи 2 TEU; предписание, однако, в силу его неправового характера неадекватно цели активного европейского медиарегулирования[994]. Это вынуждает институты ЕС включать гарантирование плюрализма в содержание одной или нескольких ценностей предложения 1 статьи 2 TEU. Так, среди пригодных для непосредственного выведения правового содержания ценностей выделяются *демократия, соблюдение прав человека и верховенство права*[995].

Прежде всего, очевидна связь гарантирования плюрализма *с принципом демократии*; ФКС многократно отмечал, что демократия невозможна без свободного и качественного

---

[992] Например, недавно Еврокомиссия в рамках процедуры санкционирования за нарушения Договоров попыталась воспользоваться статьей 2 TEU вне связи с иными положениями Договоров ЕС. Люксембургский суд пока не поддержал столь далекоидущую интерпретацию статьи 2 TEU в качестве самостоятельной юстициабельной и компетенционной нормы, однако, вопрос о подобной экстенсивной интерпретации статьи 2 TEU является открытым. Полемизируя, заметим, что даже если признание самостоятельной роли статьи 2 TEU не предвидится в краткосрочной перспективе, европейские институты могут обосновывать расширение собственной компетенции путем «подмешивания» этой нормы к другим положениям Договоров ЕС. См.: Riedl, B. Keine allgemeine Verfassungsaufsicht über die Unionswerte im Vertragsverletzungsverfahren, VerfBlog, 2024/11/26.

[993] См.: Nettesheim, M. Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und Mitgliedstaaten // Zeitschrift für Rechtspolitik. 2021. №8. S. 222-224.

[994] **Юридико-техническое исполнение статьи 2 TEU** нельзя назвать последовательным; несогласованность при этом обусловлена политическим компромиссом, прокомментировать который для настоящего рассмотрения представляется важным. Так, первое предложение статьи включает в себя *«полноправные» ценности*, такие как человеческое достоинство, свобода, демократия, равенство, верховенство права и соблюдение прав человека; каталог наиболее важных ценностей должен был быть сжатым, поскольку он образовывал юридический состав в рамках статей 7 TEU (санкционирование государств-членов за нарушение ценностей) и 49 TEU (о членстве в ЕС). Кроме того, уже при разработке нормы высказывались опасения, что слишком обширный каталог неопределимых ценностей может негативно повлиять на компетенционный порядок ЕС. Поэтому появилось унаследованное от проекта Конституции ЕС предложение 2, которое включило в себя некие второстепенные ценности, среди которых упоминается и *плюрализм*. Хотя, по существу, речь идет о ценностях, их принято называть оценочными характеристиками или признаками; этим, несмотря на некоторые неточности в других статьях TEU, отрицается их правовое значение в рамках процедур статей 7 и 49 TEU, с чем согласно большинство исследователей. Кроме того, оценочные характеристики предложения 2 не конкретизируются Договорами ЕС; скорее они представляют собой программно-политические принципы общества. Вследствие этого признается, что европейское гарантирование плюрализма и медиарегулирование не может основываться на предложении 2 статьи 2 TEU. Более того, упоминание плюрализма здесь видится конкретизацией обязанности ЕС уважать национальную идентичность государств-членов (абзац 2 статьи 4 TEU). См. подробнее: Schorkopf, F., Hilf, M. EUV Art. 2. Op. cit. Rn. 14, 43-45; Nielsen, J. Op. cit. S. 125-126; Terhechte, JP. EUV Art. 2. Op. cit. Rn. 31, 32.

[995] В рамках настоящей работы мы не делаем различия между *принципом верховенства права* (rule of law) и *принципом правового государства* (Rechtsstaat); исторические и философско-правовые различия между этими категориями ввиду конвергенции последних на современном этапе для рассматриваемой проблематики имеют второстепенное значение.

информирования общественности[996]. Представляется, как раз по той причине, что в государствах-членах значение коммуникационных порядков подчеркивается в связи с формированием народной и затем государственной воли, то есть процедурализацией суверенитета, европейские институты неохотно связывают их с демократией – иное бы означало нецелесообразное (и несвоевременное) выделение политического измерения в европейском медиарегулировании[997].

Встраивание гарантирования плюрализма в *принцип соблюдения прав человека* тоже не выглядит политически удачным. Во-первых, большинство национальных конституционных судов, в том числе ФКС, обосновывают необходимость гарантирования плюрализма через объективно-правовое содержание коммуникационных свобод и здесь может возникнуть нежелательная для ЕС вертикальная синхронизация с национальным правом[998]. Во-вторых, опасность в этом смысле может представлять и горизонтальная синхронизация как с ЕКПЧ, так и с Хартией согласно статье 6 TEU. Кроме того, относительно соотношения статей 2 и 6 TEU признается, что ценность соблюдения прав человека в рамках статьи 2 TEU предполагает только минимальный стандарт защиты – иное бы перегружало функцию данной нормы[999]; для амбиций институтов ЕС это означает наличие нежелательных правовых пределов, за которыми, вероятно, и окажется европейская коммуникационная политика.

Наконец, наиболее выгодным для ЕС с политической точки зрения является отнесение гарантирования плюрализма к *принципу верховенства права*, ведь последний не только позволяет избежать связанных с демократической легитимацией ЕС вопросов, но и содержит мнимый технократический элемент[1000]. Включение медиаплюрализма и медиасвобод в содержание принципа верховенства права, однако, имеет свою цену: в научной литературе это справедливо квалифицируется как *радикальный выход за границы его юридической интерпретации*[1001]. Тем не менее, верховенство права трактуется

---

[996] В немецком конституционном праве связь коммуникационного порядка с демократическим принципом абзаца 1 статьи 20 Основного закона является *основой* для функционализации коммуникационных свобод ради активного гарантирования плюрализма со стороны государства. См.: BVerfGE 27, 71 (81).

[997] В этом же направлении указывается, что попытка ЕС *эксплицитно* давать указания по гарантированию плюрализма государствам-членам ЕС под эгидой реализации демократического принципа была бы политически невыгодной. См.: Nettesheim, M. Die „Werte der Union“. Op. cit. S. 540; Roß, L. Op. cit. S. 464.

[998] См.: Nielsen, J. Op. cit. S. 157-161.

[999] Таким образом, отмечается, что статья 6 TEU должна пониматься как специальная норма, конкретизирующая ценность соблюдения прав человека статьи 2 TEU. В этом контексте соблюдение прав человека как ценность не может соответствовать по объему всему правочеловеческому измерению права союза – это бы угрожало функции статьи 2 TEU как элементу юридического состава для процедур в рамках статей 7 и 49 TEU и некоторых других. См.: Schorkopf, F., Hilf, M. EUV Art. 2. Op. cit. Rn. 36-38.

[1000] Nettesheim, M. Die „Werte der Union“. Op. cit. S. 539-540. Обеспечение верховенства права позиционируется Еврокомиссией как чисто технократический процесс; нормативные указания государствам-членам ЕС по реализации конституционной автономии даются как бы на основе научных данных, различных мониторингов, исследований, инструментариев, «барометров» и так далее. Это позволяет замаскировать политические альтернативы. Справедливо отмечается, что подобные документы в действительности не отвечают научным стандартам.

[1001] Ibid.

Еврокомиссией настолько широко, что другие ценности, как справедливо подчеркивается, теряют свое самостоятельное значение[1002]. Неслучайно, что по этому пути идет практика: с 2020 года Еврокомиссия издает ежегодный доклад о верховенстве права, *один из 4 базовых разделов которого посвящен медиаплюрализму и медиасвободам*[1003]. Релевантный раздел доклада о верховенстве права основывается в существенной степени на мониторинге медиаплюрализма (Media Pluralism Monitor) – методологически спорном исследовании, проводимом при поддержке институтов ЕС, по итогам которого политическим мерам европейских институтов в коммуникационной сфере обеспечивается наукообразное обоснование[1004].

Все же доклад о верховенстве права, пусть и с оговорками, можно назвать средством защиты ценностей статьи 2 TEU *ex post*[1005], что не в полной мере соответствует интересам ЕС по установлению контроля за коммуникационной сферой. Принципиально иное значение, прежде всего, для изменения компетенционного порядка ЕС, приобретает переход Еврокомиссии к *превентивной* реализации ценностей: если ранее союзные меры по

[1002] См. о содержании принципа верховенства права в интерпретации Еврокомиссии: 2024 Rule of Law Report. COM(2024) 800 final, Brussels, 24.07.2024. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52024DC0800 (accessed: 01.09.2024).

[1003] **Доклад Еврокомиссии о верховенстве права** концентрируется на 4 базовых сферах: судебная система, борьба с коррупцией, медиаплюрализм и медиасвободы, а также иные институциональные вопросы разделения властей. В рамках доклада государствам-членам даются конкретные рекомендации, выполнение которых контролируется. В посвященном медиаплюрализму разделе на основе данных различных институтов ЕС и Совета Европы, некоммерческих и международных организаций оценивается коммуникационный порядок государства-члена ЕС в целом. *Среди важных критериев:* независимость медиарегуляторов, прозрачность медиасобственности, защита медиа от политического влияния, доступ к правительственной информации, защита журналистов от злоупотребления правом. Относительно Германии доклад содержит в целом комплиментарные положения; существенные проблемы немецкого коммуникационного порядка в докладе игнорируются. Эпизодически критикуется лишь невыполнение мер, реализация которых находится в интересе ЕС, на этом же концентрируются и рекомендации. В будущем доклад скорее всего сосредоточится на выполнении государствами-членами ЕС EMFA. См.: 2024 Rule of Law Report. Op. cit.

[1004] **Мониторинг медиаплюрализма** также концентрируется на 4 сферах, в каждой из них оценка производится по 5 критериям: *(1) базовая защита медиасвобод* (критерии: защита свободы выражения мнения, защита свободы информации, условия труда, стандарты и защита журналистов, независимость и эффективность медиарегулятора, доступность классических медиа и Интернета), *(2) плюрализм рынка* (критерии: прозрачность медиасобственности, концентрация в новостном секторе, плюрализм на цифровых рынках, функциональность медиарынка, влияние медиасобственников на контент), *(3) политическая независимость* (критерии: политическое влияние на медиа, редакционная автономия, медиа и выборы, субсидирование медиа, независимость общественного вещания), *(4) социальная инклюзивность медиа* (критерии: представительство меньшинств в медиа, локальные / региональные медиа, равенство полов в медиа, медиаграмотность, защита от дезинформации и языка ненависти). В каждой из сфер риск квалифицируется как низкий, средний или высокий. Относительно Германии констатируется низкий риск в сферах 1 и 3, средний – в сферах 2 и 4. Впрочем, имеются серьезные вопросы к методологии исследования: *во-первых*, для оценки рисков используются опросники, большая часть вопросов которых либо нормативного характера (например, закреплена ли свобода выражения мнения в конституции?), либо оценочного характера (действует ли медиарегулятор независимо от экономического или политического влияния?), *во-вторых*, для выводов исследования объем анализируемых данных явно недостаточен, а исследовательская команда слишком мала (применительно к Германии она состоит из 1 основного исследователя и 4 экспертов, привлекаемых первым для ответов на особо сложные вопросы), *в-третьих*, исследование полностью игнорирует ряд чувствительных для медиаплюрализма вопросов. См. полный отчет: Media Pluralism Monitor 2024. URL: https://cmpf.eui.eu/media-pluralism-monitor-2024/ (accessed: 01.09.2024).

[1005] Несмотря на очевидное развитие механизма гарантирования верховенства права в сторону *превентивного* способа контроля институтами ЕС использования государствами-членами своей конституционной автономии, например, посредством ведения диалога по вопросам верховенства права или через совершенствование санкционного механизма, доклад о верховенстве права является скорее ответом на уже произошедшие правовые трансформации.

обеспечению соблюдения принципа верховенства права как ядра европейской идентичности связывались с ответом ЕС на негативную динамику в отдельных государствах-членах[1006], то сегодня превентивная и позитивная реализация ценностей создает *универсальную компетенционную основу* по отношению ко всем государствам-членам без исключения.

Лучшей иллюстрацией названного перехода в коммуникационной сфере является принятый в конце 2023 года *Пакет по обороне демократии* (The Defence of Democracy Package), который Еврокомиссия рассматривает в качестве *проактивного* подхода в защите европейских ценностей: плюрализм здесь помещается в контекст геополитического противостояния и квалифицируется как *уязвимость* перед внешней угрозой, для *устранения* которой ЕС берет на себя право принимать широчайший круг мер, существенно ограничивающих коммуникационные свободы[1007]. На наш взгляд, характер инициативы выходит даже за рамки спорной концепции воинствующей демократии и приближается скорее к *введению чрезвычайного положения в коммуникационной сфере*; на этом примере лучше всего проявляется конституционно-правовая парадигма будущего унифицированного европейского коммуникационного порядка: *чем больше медиарегулирования, тем больше свободы*[1008]. Некоторые исследователи видят в этом принципе отражение немецкого подхода:

[1006] Этого мнения придерживаются российские ученые-конституционалисты. Так, профессор Т.А. Васильева подчеркивает связь защиты верховенства права как элемента европейской идентичности на уровне ЕС с необходимостью противодействовать негативным трансформациям *в отдельных государствах – Польше и Венгрии*. В целом такое мнение широко представлено и в немецкой литературе. Профессор Неттесгейм, однако, подозревает, что институты ЕС в действительности инструментализировали кризис в Польше и Венгрии для целей продвижения *ценностного федерализма* в отношении всего союза *(«Never waste a good crisis»)*. Динамика последних лет подтверждает вторую позицию; в особенности в ее справедливости убеждает принятие регламентов DSA и EMFA, устанавливающих весьма спорный с конституционно-правовой точки зрения коммуникационный порядок *для всех государств-членов ЕС*. См.: Васильева, Т. Соотношение европейской и национальной идентичности в юридической доктрине и практике Суда ЕС // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 3(154). С. 90-104; Nettesheim, M. Die „Werte der Union“. Op. cit. S. 538; Nettesheim, M. Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und Mitgliedstaaten. Op. cit. S. 224.

[1007] **Пакет по обороне демократии**, принятый в развитие уже анализировавшегося выше *Европейского плана действий по укреплению демократии,* заслуживает отдельного комментария. *Во-первых*, документ концептуализирует борьбу с дезинформацией, манипуляциями и пропагандой как способ гарантирования плюрализма. В документе, кажется, умышленно используются разнообразные термины, чтобы не допустить возникновения правовой определенности, угрожающей для ЕС снижением контроля в коммуникационной сфере. Таким образом, функционализация коммуникационных свобод для реализации ценностей статьи 2 TEU здесь достигает новой высоты: *гарантирование плюрализма, согласно такому подходу, включает и его устранение*. Даже если принять спорную логику Еврокомиссии, что борьба с пропагандой имеет следствием автоматическое увеличение многообразия благонадежных с точки зрения Брюсселя источников информации, тревогу вызывает подход, при котором типичные ограничения коммуникационных свобод и их гарантии в виде позитивных обязательств сливаются в единый концепт. *Во-вторых*, документ инструментализирует геополитическую угрозу в качестве предлога для унификации коммуникационных порядков государств-членов ЕС, перечисляя DSA, EMFA и другие акты вторичного права как подходящий для этого единый инструментарий. Таким образом, ЕС не просто преследует цель создания европейской публичной сферы, но и стремится затем использовать ее в геополитическом противостоянии, в том числе против государств-членов союза – документ признает существование авторитарных режимов внутри ЕС. *В-третьих*, инициатива предполагает масштабное финансирование медиапроектов внутри и вне ЕС, создание трансъевропейских сетевых медиаструктур и даже создание «независимых» новостей о европейских делах. См.: on Defence of Democracy. COM(2023) 630 final. Strasbourg, 12.12.2023. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023DC0630 (accessed: 01.09.2024).

[1008] Допустимость такой интерпретации ценностей статьи 2 TEU в литературе справедливо оспаривается; принцип *«чем больше медиарегулирования, тем больше свободы»* сравним с концепцией *управляемой свободы* (verwaltete Freiheit). Последняя как раз подчеркивает недоверие официального Брюсселя как демократическим процессам, так и гражданам ЕС; как указывается, идея защитить собственных граждан от неблагонадежной (но при этом

напомним, в Германии похожим образом на основе идеи об объективном ценностном порядке были функционализированы коммуникационные основные права, в особенности – свобода вещания[1009].

8. Нельзя упускать из виду, что за отклонение от подобной (ре)интерпретации ценностей государства-члены ЕС ждут санкции. Несмотря на то, что вероятность применения как превентивной, так и санкционной процедуры согласно статье 7 TEU *исключительно* за нарушение государствами-членами конкретизированного в обязательствах по гарантированию плюрализма принципа верховенства права невелика, прежде всего, по причинам политических и процедурных сложностей[1010], к ним могут быть применены иные, сравнимые по своей фактической тяжести меры наказания: во-первых, с большей вероятностью, ценность верховенства права может быть *операционализирована* в предписании первичного или даже вторичного права ЕС в рамках процедуры санкционирования за нарушение Договоров согласно статьям 258 или 259 TFEU или предварительного решения согласно статье 267 TFEU[1011], во-вторых, с меньшей вероятностью, принцип верховенства права может принудительно обеспечиваться в рамках особых порядков санкционирования[1012].

легальной) информации означает введение патернализма, имеющего мало общего с декларируемыми демократическими ценностями. Концепция управляемой свободы, или *«свободы через надзор»* (Freiheit durch Aufsicht), кажется, является системной политической программой ЕС. В литературе в качестве ее элементов перечисляется не только спорные EMFA или DSA, но и ряд незаконных запретов со стороны институтов ЕС в отношении российского вещания в Европе. См.: Kraetzig, V. Europäische Medienregulierung – Freiheit durch Aufsicht? Op. cit. S. 1489.

[1009] См.: Lennartz, J. “A Bit of Fun. A Bit of Truth.”: Bureaucratic ideals of journalism. URL: VerfBlog, 2023/6/14, https://verfassungsblog.de/a-bit-of-fun-a-bit-of-truth/ (accessed: 01.09.2024).

[1010] Помимо сложностей, связанных, прежде всего, с достижением, в зависимости от процедуры, квалифицированного большинства или единогласия в институтах ЕС в рамках статьи 7 TEU, задействование нормы этой статьи для гармонизации гарантирования плюрализма в государствах-членах ЕС означало бы недопустимый обход компетенционного порядка ЕС – прецедент, который не останется без ответа со стороны государств-членов, в особенности их органов конституционного контроля. См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 33-35.

[1011] **Операционализация ценностей** в практике Суда ЕС, как указывается в литературе, сигнализирует об общем тренде на использование более абстрактной, отдаленной от текста Договоров ЕС методологии, сравнимой с «ценностной практикой» ФКС. В рамках операционализации Люксембургский суд связывает ценность статьи 2 TEU с иной нормой первичного права, в ходе чего последней придается особая ценностно-конформная интерпретация; таким образом, ценность (чаще всего абстрактный принцип верховенства права, но путь открыт и для операционализации других ценностей) приобретает ключевое для решения спора значение *в комбинации* с иной нормой первичного права. Подобный подход ставит статью 2 TEU в центр правопорядка ЕС как универсальную компетенционную норму, нацеленную на формирование европейской идентичности, что создает еще более широкое конфликтное поле с нормой абзаца 2 статьи 4 TEU о защите национальной идентичности. См.: Schorkopf, F., Hilf, M. EUV Art. 2. Op. cit. Rn. 46-47, 51-53. *Пример операционализации ценностей статьи 2 TEU для выведения союзной компетенции по гарантированию плюрализма, основываясь на дискуссиях в литературе, может выглядеть следующим образом*: ценность демократии или верховенства права статьи 2 TEU комбинируется с нормами либо абзаца 2 статьи 11 Хартии (соблюдаются свобода и плюрализм массовой информации), либо абзаца 2 статьи 39 Хартии (выборы членов Европарламента) и реализуется на основе ценностно-конформной интерпретации внутреннего рынка в рамках статьи 114 TFEU. Сходная по типу конструкция применялась Люксембургским судом в рамках спорной практики по организации судебной системы государств-членов ЕС. Хотя подобная идея даже на первый взгляд кажется искусственной и произвольной, ее практическая релевантность при обращении к пункту 2 преамбулы EMFA скорее подтверждается. См.: Roß, L. Op. cit. S. 462-467.

[1012] Например, в рамках Регламента ЕС 2020/2092 об общем режиме обусловленности для защиты бюджета союза, направленного, на наш взгляд, на обход требований предусмотренной абзацем 2 статьи 7 TEU санкционной процедуры, возможно финансовое санкционирование государств-членов за нарушения принципа верховенства права.

Отказ от применения процедур статьи 7 TEU не следует воспринимать как добрую волю институтов ЕС уважать национальную идентичность государств-членов; скорее, *гибридизация* санкционных процедур за нарушение ценностей осуществляется, во-первых, с целью передать возможность Суду ЕС контролировать реализацию конституционной автономии государств-членов в юридической плоскости, замаскировав при этом исключительно политический характер ценностной проблематики, и, во-вторых, для существенного снижения барьеров применения подобных процедур. Вследствие упомянутой гибридизации существенно меняется институциональный баланс внутри ЕС как по горизонтали – недопустимо усиливается влияние Суда ЕС и Еврокомиссии, так и по вертикали – санкционные средства все больше начинают походить на *меры федерального вмешательства.* Если выше мы стремились проблематизировать конвергенцию основных прав Хартии и экономических свобод внутреннего рынка, то в результате рассматриваемых трансформаций в слияние с ними вступают и ценности. Конституционно-правовая догматика окончательно теряет всякие ощутимые контуры и вместе с ними свой сдерживающий эффект; для коммуникационных основных прав это влечет их пересмотр в упомянутой парадигме *управляемой свободы*.

9. Положение усложняется, когда предусмотренные Договорами ЕС механизмы защиты компетенционной архитектуры союза оказываются дисфункциональными вследствие их *ненадлежащего судебного обеспечения*. Так, закрепленный в абзацах 1 и 3 статьи 5 TEU принцип субсидиарности[1013], как в целом, так и в контексте медиарегулирования на практике защищается Люксембургским судом недостаточно[1014]. То

Хотя нарушения, связанные с медиарегулированием и гарантированием плюрализма, пока *непосредственно* не охватываются статьями 2 (служебное определение верховенства права) и 3 (индикаторы нарушения принципа верховенства права) документа, мыслится либо их расширительная интерпретация институтами ЕС, либо включение коммуникационной проблематики посредством внесения изменений в документ. Сейчас же сохраняется заслуживающая внимания двойственность интерпретации принципа верховенства права: Еврокомиссия исходит из существенно более широкого понимания этого принципа (например, в докладе о верховенстве права), чем это закреплено в данном регламенте. См.: Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget. OJ LI 433/1, 22.12.2020. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32020R2092 (accessed: 01.09.2024).

[1013] **Согласно принципу субсидиарности** полномочия не могут передаваться на вышестоящий властный уровень, если их эффективная реализация возможна на нижестоящих уровнях. Принцип предусматривает два материальных критерия, которые должны выполняться кумулятивно: *во-первых*, достижение удовлетворительного результата должно быть невозможно действиями государства-члена ЕС как на центральном, так и на региональном или локальном уровнях, *во-вторых*, достижение цели на уровне ЕС должно сопровождаться лучшим результатом (то есть приростом эффективности от европейского регулирования). Поскольку названные критерии являются размытыми, предполагают взвешивание и связаны с прогнозированием, при котором европейский законодатель имеет широкую дискрецию, а Люксембургский суд, соответственно, должен демонстрировать сдержанность, отдельным протоколом к Лиссабонскому договору была введена дополнительная система оценки соблюдения принципа субсидиарности, подразумевающая как контроль ex ante, так и ex post. Так, в рамках предварительного контроля субсидиарности национальные парламенты могут до вступления акта в силу выразить позицию относительно соблюдения принципа, которая, однако, не имеет связывающего значения для Еврокомиссии. Последующий же контроль осуществляется в Суде ЕС как частный случай в рамках статьи 263 TFEU. См.: Pache, E. EUV Art. 5. Op. cit. S. 54-57, 80-101, 112-130; Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 53-59.

[1014] Ни введение дополнительных механизмов контроля, ни внесенные отдельным протоколом к Лиссабонскому договору уточнения не привели к повышению значения принципа субсидиарности на практике. Как указывается, пока

же в полной мере справедливо и по отношению к установленному абзацами 1 и 4 статьи 5 TEU принципу пропорциональности как ограничению реализации союзной компетенции[1015]. В этом контексте не вызывает удивления, что жалоба на нарушение этих принципов проектом EMFA, поданная в рамках предварительного контроля субсидиарности немецким Бундесратом – органом представительства федеральных земель, обладающих компетенцией в сфере медиарегулирования – едва ли оказала влияние на судьбу этого акта[1016]. Сходная позиция Бундесрата по поводу проекта DSA также не была принята во внимание[1017].

Кроме того, системный отказ Люксембургского суда принимать во внимание правовые позиции, основанные на оговорке о защите национальной идентичности абзаца 2 статьи 4 TEU, справедливо оценивается в литературе как обстоятельство, подрывающее доверие к этому органу как к нейтральной инстанции[1018]. Принятая Судом ЕС концепция *относительной* защиты национальной идентичности, позволяющая ему постоянно релятивировать значение последней во взвешивании с иными правовыми благами

неизвестно о случаях существенного изменения инициатив Еврокомиссии по поводу медиарегулирования в связи с поступлением жалоб на нарушение принципа субсидиарности. Кроме того, и Суд ЕС никогда не устанавливал нарушение принципа субсидиарности со стороны европейского законодателя. В литературе вина за отсутствие эффективного контроля субсидиарности чаще возлагается на европейского законодателя, поскольку тот не стремится уточнить размытые критерии субсидиарности. См.: Pache, E. EUV Art. 5. Op. cit. S. 131-134; Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 55-56, 64.

[1015] Относительно эффективности **проверки пропорциональности** союзных мер Судом ЕС чаще всего возникает возражение, что последний устраняется от содержательного изучения вопроса, концентрируясь только на контроле *очевидно* непропорциональных мер. Отмечается, что более глубокая проверка на пропорциональность может проводиться в областях, чувствительных для основных прав. Интенсивность контроля, однако, на наш взгляд, остается нестабильной, в особенности в коммуникационной сфере. См.: Pache, E. EUV Art. 5. Op. cit. S. 156-158; Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 59-65.

[1016] Так, Бундесрат в своей резолюции, принятой в порядке пункта b) статьи 12 TEU, подчеркивает *несовместимость проекта EMFA с принципами субсидиарности и пропорциональности* по следующим причинам: *во-первых*, выбор регламента, а не директивы как формы акта несоразмерен цели инициативы по гарантированию плюрализма, поскольку медиарегулирование находится в сфере культурной компетенции государств-членов ЕС; *во-вторых*, гарантирование внутреннего плюрализма и качества медиаконтента не связаны с развитием внутреннего рынка, на компетенцию в рамках которого и опирается инициатива; *в-третьих*, гарантирование плюрализма в Германии эффективно осуществляется на земельном уровне (как указывалось выше, по официальным данным ЕС в Германии нет системных проблем с гарантированием плюрализма), а проект EMFA не демонстрирует преимуществ унификации гарантирования плюрализма в рамках ЕС, скорее, корректирующие меры следует применять к отдельным государствам-членам союза, но не ко всем без исключения; *в-четвертых*, гарантирование плюрализма с экономической перспективы внутреннего рынка в рамках EMFA не способствует, а уничтожает реальный плюрализм, в особенности на локальном и региональных уровнях, что противоречит постоянной практике ФКС. См.: Beschluss des Bundesrates 514/22 vom 25.11.2022. URL: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/uebersetzungen/514-22-beschluss-de.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (accessed: 01.09.2024).

[1017] В резолюции относительно проекта DSA в контексте соблюдения принципа субсидиарности Бундесрат указывает на следующие аспекты: *во-первых*, также, как и в случае с EMFA, выбор регламента в качестве регулирующего средства является слишком жестким; *во-вторых*, критикуется попытка Еврокомиссии обосновать европейское регулирование автоматически в силу трансграничного характера функционирования Интернета как технологии. Кроме того, Бундесрат отдельно подчеркивает высокий конфликтный потенциал DSA с конституционно-правовыми гарантиями плюрализма и федеративной структурой Германии в аспекте угроз земельной компетенции по медиарегулированию. См.: Beschluss des Bundesrates 96/21 vom 26.03.2021. URL: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0001-0100/96-21(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1 (accessed: 01.09.2024).

[1018] См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 50.

правопорядка ЕС[1019], только усиливает риски, связанные с размытием суверенитета государств-членов союза. При таком подходе мало шансов на успех имеет уже упоминавшаяся жалоба Венгрии в Суд ЕС о ничтожности EMFA, которая наряду с аргументами относительно субсидиарности и пропорциональности из рассмотренной выше резолюции Бундесрата ссылается на нарушение регламентом абзацев 1 и 2 статьи 4 TEU, связывая неэкономическое медиарегулирование с национальной безопасностью страны и поддержанием публичного порядка[1020].

Закономерно, что ФКС настаивает на идее *абсолютной* защиты национальной идентичности, то есть на признании недоступными для взвешивания положений абзаца 3 статьи 79 Основного закона[1021]. Интересно заметить, что здесь ФКС, кажется, не вполне доверяет методу взвешивания, объективно оценивая потенциал его политической инструментализации; в то же время он же использовал этот спорный метод для существенного сокращения дискреции немецких федерального и земельного законодателей в сфере медиарегулирования. Но даже учитывая риски злоупотребления взвешиванием, следует признать, что одобрение концепции абсолютной защиты национальной идентичности разрушило бы единство европейского правопорядка. Пока в литературе обсуждаются способы выйти из кризиса доверия между Судом ЕС и национальными конституционными судами государств-членов союза[1022], чтобы по меньшей мере замедлить процесс *централизации* регулирования, изменения коммуникационного порядка сообщества и государств-членов рискуют приобрести необратимый характер.

В рамках настоящего раздела мы стремились показать, что выход ЕС за пределы своей компетенции в коммуникационной сфере, независимо от измерения его осуществления – правочеловеческого, экономического или ценностного – является *очевидным*, *системным* и

[1019] См.: Haratsch, A. Op. cit. S. 141-142; Franzius, C. EUV Art. 4. Op. cit. Rn. 33.

[1020] См.: Case C-486/24: Action brought on 10 July 2024 – Hungary v European Parliament and Council of the European Union. Op. cit.

[1021] См.: BVerfGE 123, 267 (348).

[1022] *Во-первых*, достаточно давно предлагается идея по созданию *специального компетенционного суда ЕС*, однако, без перспективы на успех, поскольку неясно, как будет формироваться такой суд и что конкретно он будет решать. Профессор Неттесгейм указывает, что это предложение игнорирует политический характер конфликта. *Во-вторых*, в качестве компромисса предлагается разделить национальную идентичность на недоступную для взвешивания *абсолютно защищенную зону*, в которую войдут ценности статьи 2 TEU, и на *относительно защищенную зону*, которая будет охватывать конкретные проявления принципов статьи 2 TEU в государствах-членах ЕС. Недостатком этой концепции является то, что она едва ли сдерживает Люксембургский суд и в этом смысле не является компромиссной, а скорее отдает решение политических проблем на откуп судейской мудрости и сдержанности в рамках диалога. *В-третьих*, профессор Неттесгейм предлагает вернуть процесс разрешения конфликта в политическую сферу посредством приспособления процедуры изменения Договоров ЕС согласно статье 48 TEU к решению компетенционных споров, не требуя при этом единогласия. Преимущество концепции в том, что процесс позволит поставить под демократический контроль спорную деятельность Суда ЕС и конституционных судов государств-членов ЕС. Существенный же недостаток этой идеи признает сам автор – она нереализуема по политическим причинам. Обсуждаются и другие идеи. Для настоящего рассмотрения важно не столько найти конкретное решение проблемы, сколько подчеркнуть сам факт таких поисков – он сигнализирует, что *Люксембургский суд не в состоянии гарантировать соблюдение Договоров ЕС*. См.: Haratsch, A. Op. cit. Rn. 141-142; Nettesheim, M. Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und Mitgliedstaaten. Op. cit. S. 224-226.

существенным нарушением Договоров ЕС, следствием которого для союза в целом является искажение институционального баланса в многоуровневой системе власти по горизонтали и по вертикали, для Германии в частности – недопустимое вмешательство в национальный коммуникационный порядок, конституционализированный в глубоких деталях практикой ФКС, главным образом, посредством широкой интерпретации коммуникационных свобод. Несмотря на то, что ФРГ до сих пор не были использованы все средства правовой защиты на союзном уровне, можно с высокой долей вероятности утверждать, что Люксембургский суд не является нейтральным и независимым арбитром, способным защитить немецкую конституционную идентичность.

10. Разумеется, что этот экстраординарный вызов не мог остаться без ответа, в том числе и со стороны немецкого конституционного правопорядка. Так, ФКС оставляет за собой три резервных полномочия по контролю права ЕС в исключительных случаях: *во-первых,* относительно поддержания сравнимого с немецким стандартом уровня европейской защиты основных прав, *во-вторых,* относительно защиты конституционной идентичности Основного закона, и *в-третьих,* относительно реализации европейской компетенции *ultra vires*[1023]. Эпизодически мы уже старались обратить внимание, что все три возможности могут быть использованы судом в Карлсруэ для блокирования действий ЕС в коммуникационной сфере. Однако, в свете последней практики в качестве наиболее вероятной реакции ФКС могут быть применены последние два вида[1024]; четкое разграничение между ними провести весьма сложно.

В качестве примера ответа ФКС на амбиции институтов ЕС в отношении гармонизации медиарегулирования в литературе чаще всего приводится дело Европейского центрального банка (EZB-Urteil)[1025]. В нем суд впервые в истории ФРГ, *во-первых*, установил, что действия институтов ЕС – как Европейского центрального банка, так и Суда ЕС – очевидно выходят за пределы их компетенции, *во-вторых*, признал *«объективно*

[1023] В этом смысле немецкие резервные полномочия не являются оригинальными; многие государства-члены ЕС делают оговорки для защиты собственного суверенитета в свете высокой активности институтов ЕС, хотя, как признается, они сформулированы менее агрессивно и нередко вдохновлены практикой ФКС. См.: Masing, J. §2 // Herdegen, M., Masing, J., Poscher, R., et al. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: C.H. Beck, 2021. Rn. 102-107.

[1024] Как отмечается, все же не следует недооценивать контроль ФКС в области европейских основных прав, хотя переменчивая практика последних десятилетий дает для этого поводы – так, в решении BVerfGE 73, 339 суд устранился от интенсивной проверки основных прав, провозглашенной в отношении европейского права ранее в деле BVerfGE 37, 271 (впрочем, и тогда на практике это не привело к блокированию принимаемых на европейском уровне мер). С проведением все более полной гармонизации права государств-членов ЕС, ФКС, однако, в целях сохранения своего институционального веса возвращается к более активной интерпретации основных прав союза, на что указывает последняя практика – BVerfGE 152, 216. См.: Masing, J. §2. Op. cit. Rn. 60, 137-140.

[1025] См.: BVerfGE 154, 17. Так, отмечается, что медиарегулирование и гарантирование плюрализма имеют даже более непосредственную связь с государственным суверенитетом, чем финансовые и антитеррористические вопросы, затронутые последней практикой ФКС в сфере взаимодействия с ЕС. Поэтому справедливо делается вывод, что подход ФКС в деле Европейского центрального банка обладает высоким потенциалом применимости по отношению к европейскому медиарегулированию; в качестве конкретного примера акта ultra vires рассматривается EMFA. См.: Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Gutachten zur Sicherung der Medienvielfalt. Op. cit. S. 5-6, 59-61; Roß, L. Op. cit. S. 468-469.

произвольной», *«более неубедительной»* и нарушающей принцип наделения компетенцией практику Люксембургского суда, отдельно указав на недопустимость *комбинации* из предоставления широкой дискреции институту ЕС и одновременного ограничения интенсивности контроля со стороны Люксембургского суда, а также усомнившись в методологической убедительности применения Судом ЕС принципа соразмерности, и *в-третьих*, указал на ответственность федерального правительства и Бундестага в сфере европейской интеграции, которым не следует бездействовать, когда европейские институты нарушают Договоры ЕС[1026].

Это решение ФКС, включая его несколько непривычную риторику, было по-разному воспринято немецким конституционно-правовым сообществом; сумма критики выражается в том, что, с одной стороны, противодействие злоупотреблениям ЕС объективно необходимо и обоснованно, с другой стороны, сам ФКС использует не менее спорную методологию, а также ставит под сомнение принцип верховенства права ЕС[1027]. Иными словами, вновь становится актуальной мысль Бернхарда Шлинка, позицию которого стоит адаптировать к рассматриваемому делу[1028]: произвол одного суда, противопоставленный произволу другого суда, несет риск взаимной дискредитации институтов, что в итоге может привести к коллапсу судебного контроля европейской интеграции.

На наш взгляд, в краткосрочной перспективе принятие ФКС подобного решения относительно, например, DSA и EMFA, все же является необходимостью в качестве временной меры, чтобы защитить коммуникационные свободы европейских граждан. В

[1026] Дело справедливо оценивается в литературе, как правило, вне его денежно-кредитного контекста; скорее подчеркивается универсальность затронутой проблематики, поскольку ФКС обращает внимание на общие методологические проблемы деятельности Суда ЕС; часть исследователей обоснованно видит основную направленность решения именно против Люксембургского суда. Таким образом, определенный *запас толерантности к ошибкам Суда ЕС* (Anspruch auf Fehlertoleranz), который ФКС в более ранней практике (BVerfGE 126, 286, (307)) считал необходимым в контексте выполнения Люксембургским судом своих полномочий согласно абзацу 1 статьи 19 TEU, был полностью израсходован. См.: Pießkalla, M. Das BVerfG-Urteil zum Staatsanleihekaufprogramm der EZB: Eine wichtige rote Linie // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW). 2020. №12. S. 538-539.

[1027] *Сторонники* политического проекта официального Брюсселя использовали еще более воинственную риторику, обозначая решение в качестве «атаки на Европейский союз», «атомной бомбы» или как результат «войны судей». Среди предметных аргументов наиболее часто воспроизводились обвинения ФКС в недоверии и подрыве кооперации с Люксембургским судом, широкой и методологически непоследовательной интерпретации принципа пропорциональности абзаца 4 статьи 5 TEU, нарушении принципа верховенства права ЕС и создании таким образом прецедента для Венгрии, Польши и Румынии, что влечет угрозу краха всего европейского правопорядка. *Критики,* напротив, указывали, что решение создает основу для равноправного диалога судов, защищает Договоры ЕС и соответствующий им принцип наделения компетенцией в совокупности с национальной идентичностью государств-членов ЕС, является не случайным, а последовательным шагом в практике ФКС по европейским вопросам, которому предшествовали менее радикальные меры. Отдельно подчеркнем, что спор о правильном применении принципа пропорциональности в силу его главным образом риторического характера сводился к попыткам продемонстрировать убедительность различных *неправовых* аргументов, связанных с прогнозированием денежно-кредитной политики. См.: Pießkalla, M. Op. cit; Wernicke, S. Ist Europa sterblich? – Eine rechtstheologische Rekonstruktion der Debatte um das EZB-Urteil des Bundesverfassungsgerichts // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW). 2020. №12. S. 543-544; Mögele, R. Von wilden Tieren und obersten Gerichten: Das EZB-Urteil des BVerfG // Neue Juristische Online-Zeitschrift. 2020. №38. S. 1153-1158.

[1028] См.: Schlink, B. Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel. Op. cit. S. 160-161.

долгосрочной же перспективе следует исходить из того, что у судебной власти недостаточно ресурсов и квалификации, чтобы принимать содержательные медиаполитические решения, последствия которых недопустимо маскировать казуистикой конкретного дела. Подобными проблемами следует заниматься законодателю. От выбора модели гарантирования плюрализма зависят и судьба, и конституционно-правовое оформление европейской и национальной идентичностей, поэтому все существующие альтернативы должны открыто обсуждаться, не подвергаясь подавлению экономическими, ценностными или даже правочеловеческими нарративами еще *до начала* дискуссии.

Одной из таких альтернатив *может быть* интенсивное европейское медиарегулирование. Для этого, однако, требуется явное изъявление воли участников многоуровневой системы власти в Европе: государств-членов ЕС – Herren der Verträge[1029] – согласно статье 48 TEU, немецкого конституционного законодателя, готового к расширению пределов европейской интеграции в рамках статьи 23 Основного закона, и федеральных земель, согласных на тяжелые компромиссы по передаче своей компетенции[1030]. Борьба за контроль над общественным мнением под эгидой гарантирования плюрализма не должна осуществляться втайне. Не принимая сторону в этом противостоянии, отметим, что интересам сохранения информационной автономии личности как части «вечных» гарантий, к которым отсылает абзац 3 статьи 79 Основного закона, отвечает парадигма национального медиарегулирования и гарантирования плюрализма, по крайней мере, *до тех пор*, пока европейская модель сохраняет свои существенные недостатки как по форме, так и по содержанию. В любом случае, крайне важно не допускать длящегося компетенционного спора между государствами-членами и институтами ЕС по поводу широко интерпретируемого позитивного обязательства гарантировать плюрализм, ведь на практике он означает *конкуренцию за наиболее интенсивное ограничение (или даже умаление) коммуникационных свобод.* В этой борьбе крупных игроков едва ли удастся сохранить коммуникационные основные права автономной личности.

Наконец, оговоримся, что европейская конституционная действительность вряд ли преобразится, даже если ФКС потенциально признает EMFA или DSA несоответствующими Основному закону. На это указывают многие факты, но оставаясь в рамках дела Европейского центрального банка, подчеркнем лишь один из них. Так, Еврокомиссия после принятия решения по этому делу запустила против Германии процедуру санкционирования

[1029] BVerfGE 123, 267 (381).

[1030] Например, в случае перераспределения компетенции для федеральных земель могут быть предусмотрены компенсационные механизмы участия по образцу уже обсуждавшегося абзаца 6 статьи 23 Основного закона, когда Бундесрат назначает представителя от федеральных земель для осуществления полномочий ФРГ в европейских делах по определенным вопросам, в том числе в сфере вещания. См. подробнее: Heintschel von Heinegg, W., Frau, R. GG Art. 23 // Epping, V., Hillgruber, C. (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz. 54. Aufl. München: C.H. Beck, 2023. Rn. 49-51.

за нарушение Договоров согласно статье 258 TFEU, что с точки зрения соблюдения принципа верховенства права является весьма спорным шагом[1031]. Очевидно, что возможность завершить этот *политический* конфликт правовыми средствами находит здесь свои границы: стороны уже обменялись аргументами, и повторная ссылка на авторитет – принцип верховенства права ЕС – в новом процессе приведет лишь в конституционно-правовой тупик[1032]. Возможность выхода из него будет лежать уже в политической плоскости – и эта политизация может приближать *выход Германии из Европейского союза*[1033].

§2.4. Европейский акт о свободе медиа – смена парадигмы гарантирования медиаплюрализма в Европейском союзе и Германии

1. Если ранее мы стремились обсудить прежде всего *внешние* причины, в силу которых интенсивное европейское гарантирование плюрализма с конституционно-правовой точки зрения недопустимо, в первую очередь обращая внимание на соответствующие ограничения

[1031] На основе анализа литературы эту идею можно изобразить следующим образом: по инициативе Еврокомиссии как органа, относимого к исполнительной власти, предпринимается попытка осудить Германию, представленную своим правительством, за предполагаемые нарушения Договоров ЕС, совершенные ее независимым национальным конституционным судом, в Люксембургском суде, выступающим судьей в собственном деле, который должен обязать ФРГ принять меры против ФКС согласно статье 260 TFEU. Позже Еврокомиссия приостановила процесс, очевидно, в связи с тем, что подобный шаг может еще больше делегитимизировать Люксембургский суд. См.: Riedl, Benedikt: Die Ultra-vires-Kontrolle als notwendiger Baustein der europäischen Demokratie, VerfBlog, 2021/6/12. URL: https://verfassungsblog.de/ultra-vires-pspp (accessed: 01.09.2024); Ruffert, M. Verfahren eingestellt, Problem gelöst?: Die EU-Kommission und das Bundesverfassungsgericht, VerfBlog, 2021/12/07. URL: https://verfassungsblog.de/verfahren-eingestellt-problem-gelost (accessed: 01.09.2024).

[1032] См.: Möllers, C. Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra-Vires-Urteils verklagen? CONTRA, VerfBlog, 2020/5/16. URL: https://verfassungsblog.de/sollte-die-eu-kommission-deutschland-wegen-des-karlsruher-ultra-vires-urteils-verklagen-contra (accessed: 01.09.2024).

[1033] Некоторые **немецкие политические силы обсуждают опцию выхода Германии из ЕС** согласно абзацу 1 статье 50 TEU, в том числе по причине продолжающегося компетенционного конфликта. Конституционалисты при этом утверждают, что Основной закон *не допускает* выхода из ЕС в силу как преамбулы, так и конкретизирующего ее абзаца 1 статьи 23 Основного закона, накладывающих на ФРГ обязательства по участию в объединенной Европе под эгидой Европейского союза – без изменения Основного закона поэтому не обойтись. Представляется, подобная аргументация преследует попытку при помощи конституционно-правовых средств изолироваться от политической проблемы. В действительности же выход Германии из ЕС без изменения Основного закона *возможен*, поскольку членство ФРГ в союзе осуществляется при соблюдении ряда условий, названных в абзаце 1 статьи 23 Основного закона, в том числе принципов субсидиарности, федерализма, правового государства и демократии. Сюда же можно отнести принципы наделения компетенцией и уважения национальной идентичности. Если Европейский союз на практике больше не придерживается этих принципов, членство ФРГ в ЕС будет нарушать Основной закон. Но как зафиксировать их несоблюдение? Для этого ФКС должен констатировать действия ЕС *ultra vires*, как в деле Европейского центрального банка. В литературе отмечается, что выход ЕС за границы своей компетенции при этом должен быть *системным*. Если ФКС примет схожее решение по предмету европейского медиарегулирования на фоне уже решенного дела Европейского центрального банка, то можно будет говорить об определенной последовательности. В настоящей работе мы не даем политическую оценку выходу Германии из ЕС; скорее опция рассматривается как теоретическая возможность решения проблемы *очевидного, системного* и *существенного* нарушения союзом Договоров ЕС в сфере гарантирования плюрализма. См.: Thiele, A. Der Austritt aus der EU – Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines „Brexit“ // Europarecht. 2016. №3. S. 281-303.

в догматике прав человека и в области компетенционного порядка, то медиарегулирование на уровне ЕС в *содержательном, внутреннем* аспекте привлекалось к анализу скорее эпизодически и в роли иллюстративного материала либо для подтверждения широкой интерпретации плюрализма, либо для укрепления аргументации в названном «внешнем» русле. Это объясняется невозможностью объять весь массив релевантных для плюрализма правовых источников, на кратное увеличение количества которых убедительно указывает картирование в начале главы[1034]. Все же имеет смысл системно проанализировать наиболее важные содержательные идеи на уровне вторичного права ЕС, конфликт которых с немецким конституционным правом если не очевиден, то вполне может развиться в рамках пока недостаточной для однозначных выводов правоприменительной практики. В этом контексте оправданно было бы обратить внимание на EMFA в целом и на отдельных примерах также на DSA, которые, по справедливому мнению экспертов, *радикально* меняют правила игры в сфере европейского медиарегулирования[1035]. Их сравнение с немецким коммуникационным порядком особенно оправданно и продуктивно, если принять во внимание, что Германия располагает самой детализированной системой гарантирования плюрализма в Европе.

В центре событий находится EMFA; исследователи подчеркивают, что акт знаменует *«новую эру в сфере европейского медиарегулирования»*, поскольку это первый регламент, непосредственно направленный на гарантирование плюрализма и медиасвобод в их культурном измерении[1036]. Это справедливо еще по ряду причин. Во-первых, *сфера действия* данного регламента в сравнении с директивой AVMSD существенно расширяется – помимо традиционного для европейского медиарегулирования аудиовизуального сектора в нее включаются радио, пресса, подкасты, новостные онлайн-порталы и иной журналистско-редакционный контент вне зависимости от способа его распространения[1037]. Более того, в область применения EMFA попадают даже локальные и региональные медиа, осуществляющие свою деятельность в пределах одного населенного пункта или региона государства-члена ЕС[1038].

[1034] См. подраздел 2 §2.1.

[1035] См.: Cappello, M. (Hrsg.) Das Europäische Medienfreiheitsgesetz und seine Bedeutung. Strasbourg: IRIS, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, 2024. Vorwort, S. 2-4.

[1036] Ibid; того же мнения Hennemann, M. Op.cit; Kraetzig, V. Europäische Medienregulierung – Freiheit durch Aufsicht? Op. cit.; Ory, S. Medienfreiheit – Der Entwurf eines European Media Freedom Act // Zeitschrift für Rechtspolitik. 2023. №1. S. 26-29. Введение в действие регламента согласно статье 29 EMFA по общему правилу определено на август 2025 года, однако отдельные значимые положения уже начали действовать.

[1037] См.: пункты 1, 3 преамбулы, абзац 1 статьи 2 EMFA; вне сферы применения EMFA находятся только бизнес-коммуникация, частная переписка и непрофессиональный пользовательский контент на цифровых платформах. Ory, S. Op. cit. S. 26; Schmid, G. Der European Media Freedom Act. Ein erster Überblick // Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR). 2024. №10. S.843-844.

[1038] Этот аспект является особенно спорным в контексте соблюдения принципов субсидиарности и пропорциональности. Более того, помещение локальных и региональных медиа в один регулятивный контекст с крупными концернами скорее будет способствовать устранению плюрализма, чем его поддержанию. См.: Cole, MD., Etteldorf, C. Research for CULT Committee – European Media Freedom Act – Background Analysis, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2023. P. 17.

Во-вторых, EMFA имеет форму регламента, что ставит под вопрос прежнюю ключевую роль государств-членов ЕС в гарантировании плюрализма. Несмотря на то, что формально акт направлен на минимальную гармонизацию, в его преамбуле часто говорится про минимальные стандарты, а абзац 3 статьи 1 EMFA разрешает государствам-членам в определенных сферах отклоняться от предписаний регламента в сторону «более высокого уровня защиты медиаплюрализма и редакционной независимости», фактический ограничивающий эффект регламента может быть сравним с полной гармонизацией[1039]. Особенно спорно, кто и как будет определять «более высокий уровень защиты»? Например, в контексте гарантирования плюрализма более высокий уровень защиты для одних участников медиарынка автоматически будет означать ограничения для других – усиленное финансирование общественного вещания в Германии справедливо рассматривается как ограничение развития частных вещателей[1040]. Следует упомянуть, что в ходе подготовки акта Еврокомиссия не согласилась на издание директивы вместо регламента, хотя на этом настаивали многие заинтересованные игроки; более того, не был одобрен и компромиссный вариант, предполагающий разделение EMFA на отдельные регламент и директиву[1041].

В-третьих, мощная интенция Еврокомиссии на создание европейской публичной сферы с помощью EMFA сообщает регламенту не только *внутренний* гомогенизирующий эффект по унификации коммуникационных порядков государств-членов ЕС, но и *внешний* – с помощью регламента предпринимается попытка институционализировать и централизовать ограничение информации, попадающей в ЕС извне. EMFA помещается в

[1039] На характер минимальной гармонизации указывают, прежде всего, пункты преамбулы 8 и 23 EMFA, в которых подчеркивается, что регламент вводит именно минимальные стандарты гарантирования плюрализма и свободы медиа. Определенно об этом говорит и абзац 3 статьи 1 EMFA, оставляющий за государствами-членами право принимать более детальные и строгие предписания для защиты плюрализма и свободы медиа, но лишь в рамках отдельных содержательных сфер. Остальные же области, среди которых есть и крайне значимые, например, регулирование взаимодействия медиа ЕС с крупными онлайн-платформами (VLOPs) или право на индивидуализацию медиапредложения, изымаются из дискреции. Это обстоятельство позволяет дискутировать о том, что *EMFA в действительности является инструментом полной гармонизации*. Как видится, в зависимости от политических предпочтений и интересов, связанных с одобрением или отклонением проекта евроинтеграции по сценарию сегодняшнего Брюсселя, в научной литературе приводятся полярные мнения на этот счет. См.: Beaujean, D., Oelke, C., Wierny, T. Op. cit. S. 15; Malferrari, L., Gerhold, M. Ein Unionsrecht auf Empfang pluraler Medien? // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2024. №19. S.896. Однозначный ответ может появиться с накоплением практики, однако, как мы стремимся показать далее на основе анализа существа правовых предписаний, EMFA скорее следует считать инструментом полной гармонизации.

[1040] Таким образом, у институтов ЕС всегда будет оставаться возможность заблокировать национальное медиарегулирование под предлогом снижения уровня защиты по сравнению с EMFA. Любопытно, что схожим методом пользовался ФКС для сохранения собственной роли в сфере защиты основных прав в деле BVerfGE 73, 339.

[1041] О необходимости принятия директивы, а не регламента, заявляли представители академического и профессиональных сообществ. См., например: Beaujean, T. Op.cit. S. 16. Кроме того, на этом настаивал Бундесрат, аргументируя, что выбор регламента в качестве формы акта нарушил бы норму статьи 167 TFEU, защищающую культурную компетенцию государств-членов ЕС. См.: Beschluss des Bundesrates 514/22 vom 25.11.2022. Op. cit. S. 7. В более мягких формулировках на необходимость принятия директивы, а не регламента, указывал и Бундестаг. См.: Deutscher Bundestag. Antrag der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP 20/4682 vom 29.11.2022. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/046/2004682.pdf (accessed: 01.09.2024). Хотя изначальное, еще более рестриктивное предложение Еврокомиссии по формулировке абзаца 3 статьи 1 EMFA затем было скорректировано в ходе законодательного процесса, проблема остается актуальной. См.: Cappello, M. Op. cit. S 8-9.

контекст европейских ценностей и геополитики[1042], становясь инструментом экспансии ЕС за пределы своих границ; в этом смысле документ не только вписывается в очерченные нами выше «ценностные» тренды, но и, как признается, дает сигнал миру воспринимать этот опыт, иными словами, порождает «эффект Брюсселя»[1043]. Тем важнее для конституционно-правовых исследователей в России критически оценить это регулирование во всех деталях, чтобы предложить более дружелюбную правам человека альтернативу.

Заметим, что внутри союза реакция на EMFA была далеко не позитивной: не только Германия, но также Франция, Дания и Венгрия пожаловались на нарушение ЕС принципа субсидиарности[1044]. Европейский комитет регионов (Committee of the Regions) усомнился в компетенции ЕС и указал на централизацию и сверхрегулирование в особенности в отношении тех стран, где, по его мнению, плюрализм хорошо гарантирован[1045]. В Германии координационная комиссия федеральных земель по вещанию (Rundfunkkommission der Länder) признала непригодность статьи 114 TFEU в качестве компетенционной основы регламента и указала на множество других несоответствий акта немецкому конституционному праву[1046]; проект раскритиковали земельные медиарегуляторы[1047], журналисты и издатели из общественного[1048] и частного секторов[1049], и, конечно, ученые-конституционалисты.

Рассматривать критические замечания к EMFA, однако, гораздо удобнее в рамках тематических блоков, которые соответствуют основному содержанию акта. Уместно выделить 6 таких блоков, следуя примеру команды исследователей Института европейского

[1042] См.: Ory, S. Op. cit. S. 26.

[1043] См.: Hennemann, M. Op. cit. S. 504.

[1044] См.: Cappello, M. Op. cit. S. 7.

[1045] См.: Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen — Europäisches Medienfreiheitsgesetz (2023/C 188/08). 30.05.2023. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IR5388 (accessed: 01.09.2024).

[1046] Beschluss der Rundfunkkommission. Anmerkungen zum Vorschlag der Europäischen Kommission für einen European Media Freedom Act (EMFA). Sitzung am 16.11.2022. URL: https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/Beschluesse/2022-11-16_RFK-Anmerkungen_zum_EMFA.pdf (accessed: 01.09.2024).

[1047] См.: European Media Freedom Act (EMFA). Positionspapier der Medienanstalten zu den Trilogverhandlungen. Berlin, 07.11.2023. URL: https://www.die-medienanstalten.de/service/positionspapiere/positionspapier-der-medienanstalten-zu-den-trilogverhandlungen/ (accessed: 01.09.2024); Positionspapier der Medienanstalten zum Verordnungsvorschlag der EU-Kommission. Berlin, 13.12.2022. URL: https://www.die-medienanstalten.de/service/positionspapiere/positionspapier-der-medienanstalten-zum-verordnungsvorschlag-der-eu-kommission/ (accessed: 01.09.2024).

[1048] Немецкие общественные вещатели обратили внимание на EMFA как на недопустимую с точки зрения Амстердамского протокола попытку ЕС гармонизировать регулирование общественного вещания. См.: Politische Einigung zum europäischen Medienfreiheitsakt. Unterstützenswertes Ziel – Kritik an der Umsetzung. URL: https://www.ard.de/die-ard/presse-und-kontakt/ard-pressemeldungen/2023/12-19-Politische-Einigung-zum-Europaeischen-Medienfreiheitsgesetz-100/ (accessed: 01.09.2024).

[1049] Более 400 издательств, газет, журналов и профессиональных объединений из ЕС, в том числе и множество немецких, выступили с открытым письмом, в котором признали, что EMFA существенно ограничивает свободу прессы и устанавливает над ней фактически централизованный государственный надзор вместо «проверенного временем» саморегулирования. Также критике подверглось вмешательство во внутренние процессы функционирования медиакомпаний в соответствии с принципом внутреннего плюрализма. Разумеется, стоит принимать во внимание, что подписанты преследуют собственные бизнес-интересы, среди которых стремление избежать излишнего контроля занимает особое место. См.: The EMFA Must Live up to its Name, Open Letter. Brussels, 27 June 2023. URL: https://www.mvfp.de/fileadmin/vdz/upload/services/Downloads/Publishers_Open_Letter_EMFA.pdf (accessed: 01.09.2024).

медиаправа: *(1)* права получателей и пользователей медиауслуг, *(2)* права и обязанности поставщиков медиауслуг, *(3)* предписания в области общественного вещания, *(4)* регулирование отношений медиа с крупными онлайн-платформами, *(5)* формирование внутреннего рынка медиауслуг ЕС и *(6)* институциональные структуры для координации в коммуникационной сфере.

2. В рамках первого тематического блока EMFA предусматривает две интересных нормы: *право на доступ к плюралистическому и независимому медиаконтенту* (статья 3) и *право на индивидуализацию медиапредложения* (статья 20). Право на доступ к плюралистическому и независимому медиаконтенту[1050] открывает содержательную часть регламента[1051]. Это право является конкретизацией пассивной формы свободы предоставления услуг как экономической свободы внутреннего рынка согласно статье 56 TFEU[1052], хотя его текстуальное выражение не содержит отсылок к экономической логике. Поскольку европейский законодатель на современном этапе исходит из спорного принципа «что хорошо для внутреннего рынка – хорошо для плюрализма и демократии»[1053], право статьи 3 EMFA также презентуется в качестве детализации свободы информации абзаца 1 и гарантий медиасвобод и плюрализма абзаца 2 статьи 11 Хартии, свободы выражения мнения статьи 10 ЕКПЧ, а также «ценностной» статьи 2 TEU[1054]. Иными словами, можно говорить либо о создании во вторичном праве ЕС *параллельных* основным правам ЕС и государств-членов гарантий[1055], либо о *конвергенции* экономических свобод внутреннего рынка с основными правами ЕС[1056]. Опасность этой концепции заключается в том, что институты ЕС, обходя рассмотренные выше компетенционные ограничения как Хартии, так и

[1050] **Формулировка статьи 3 EMFA** звучит следующим образом: *«государства-члены ЕС уважают право получателей медиауслуг на доступ к множеству редакционно-независимого медиаконтента и гарантируют рамочные условия в соответствии с настоящим регламентом, чтобы защитить это право в интересах свободного и демократического дискурса»*.

[1051] На наш взгляд, это неслучайно, поскольку потенциал нормы создает настолько широкие возможности для ее применения, что все остальные предписания EMFA можно считать юридическими гарантиями этого права. На особое значение этой нормы указывает и статья 29 EMFA, предусматривающая специальный срок для введения ее в действие – раньше всех остальных предписаний EMFA.

[1052] Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S.893.

[1053] Так, экономической медиауслуге приписывается минимальный уровень *качества*, включающий соответствие услуги европейским ценностям и подразумевающий вклад в демократический дискурс. Достичь необходимого уровня качества, таким образом, можно только при соблюдении принципов гарантирования плюрализма и редакционной независимости. Иными словами, внутренний рынок не конфликтует с основными правами, а является необходимым условием для их реализации. Одновременно с развитием внутреннего рынка реализуются и ценности ЕС. Подобный подход подразумевает поглощение культурного измерения медиа экономическим, и, как следствие, сокращение дискреции государств-членов ЕС осуществлять гарантирование плюрализма, опираясь на культурную компетенцию. См.: пункты преамбулы 8, 14 EMFA; Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S.893, 900.

[1054] См.: Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S.893.

[1055] Например, утверждается, что с помощью статьи 3 EMFA европейский законодатель *переносит позитивные обязательства* из основных прав, в том числе ЕКПЧ, в рамки обязательного для государств-членов вторичного права союза. См.: Cappello, M. Op. cit. S 17.

[1056] В этом контексте статья 3 EMFA является ярким примером такой конвергенции (см. также подраздел 4 §2.2.); в литературе о рассматриваемой норме говорится как «о проявлении пассивной свободы получать услугу и *одновременно* материализованном варианте свободы информации для доступа к медиаконтенту». См.: Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S. 894.

Договоров ЕС, получают возможность признать любые национальные меры по гарантированию плюрализма нарушающими статью 3 EMFA: если ранее основные права, из объективно-правового измерения которых выводились конституционно-правовые требования по гарантированию плюрализма на национальном уровне, выступали в качестве оснований для ограничения экономических свобод внутреннего рынка, то теперь свобода предоставления услуг как бы вбирает в себя (пред)определенный европейскими институтами разрешенный способ ее ограничения с целью обеспечения плюрализма[1057].

Для того чтобы глубже проанализировать связанные с правом на доступ к плюралистическому и независимому медиаконтенту опасности для коммуникационного порядка ФРГ имеет смысл обратиться к его двойственной структуре, включающей *индивидуально-субъективный* компонент («государства-члены уважают право получателей […]») и *объективно-правовой*, сформулированный как позитивное обязательство («государства-члены гарантируют рамочные условия […]»)[1058].

Существование индивидуально-субъективного компонента этого права в настоящее время неочевидно. Отметим, что формулировка статьи 3 EMFA именно в связи с этим была изменена в рамках трилога[1059]: первоначальное предложение Еврокомиссии предусматривало создание субъективного права[1060], но в финальную версию регламента право вошло, помимо ряда других корректировок, с добавлением «*государства-члены ЕС уважают право* […] *и гарантируют рамочные условия* […]». С одной стороны, это позволяет отрицать наличие индивидуально-субъективного компонента[1061]. С другой стороны, окончательная формулировка статьи все же оставляет возможности для Суда ЕС

[1057] Таким образом, то, что ранее понималось как ограничение свободы, становится теперь ее гарантией. Более того, поскольку текст статьи 3 EMFA ничего не говорит об ограничениях этого права, его абсолютный характер способен вытеснить как коммуникационные свободы абзаца 1 статьи 5 Основного закона, так и конфликтующие с ними основные права. В любом случае, необходимость взвешивания этого права с другими по принципу практической гармонии приведет к тому, что Суд ЕС получит возможность противопоставлять позитивные обязательства по гарантированию плюрализма в рамках коммуникационных свобод Основного закона таковым же в рамках экономических свобод внутреннего рынка. Последние при этом всегда будут иметь преимущество: раз гарантирование плюрализма и так уже включено в экономическую свободу внутреннего рынка, то дополнительные меры со стороны государств-членов ЕС скорее будут считаться излишними ограничениями или препятствиями для реализации внутреннего рынка. На непредсказуемые с точки зрения правовой определенности последствия в этом контексте указывают и федеральные земли. См.: Beschluss der Rundfunkkommission. Op. cit.

[1058] См.: Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S.893.

[1059] **Под трилогом понимаются** неформальные внутриинституциональные переговоры в рамках обычного законодательного процесса ЕС, в которых принимают участие представители Европарламента, Совета Европейского союза и Еврокомиссии. Целью трилога является достижение предварительного соглашения по законодательной инициативе. См. подробнее: URL https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/glossary/trilogue.html (accessed: 01.09.2024).

[1060] См.: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU. COM(2022) 457 final 2022/0277(COD). Brussels, 16.9.2022. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0457 (accessed: 01.09.2024) (далее – Proposal for EMFA).

[1061] См.: Cappello, M. Op. cit. S. 16.

признать индивидуально-субъективное измерение, и, как следствие, юстициабельность этого права[1062]; этот сценарий представляется более вероятным.

В литературе очерчиваются последствия признания возможности судебной защиты этого права как в правоотношениях с государствами-членами ЕС, так и с частными лицами. *Вертикальное* применение права статьи 3 EMFA является, в сущности, близким по качеству популярному иску (Popularklage) в сфере конституционного медиаправа; потребители медиауслуг – субъекты этого права, таким образом, мобилизуются против защищенных основными правами национальных коммуникационных порядков в целях «защиты публичного интереса»[1063]. Мыслится и горизонтальный эффект применения права статьи 3 EMFA[1064].

Возможные случаи применения статьи 3 EMFA, приведенные в литературе, показывают, что индивидуально-субъективное измерение этого права играет глубоко вторичную роль; скорее субъект права действует в интересах гарантирования плюрализма и демократии. В этом смысле не будет ошибкой утверждать, что индивидуально-субъективный компонент статьи 3 EMFA является в действительности примером *ресубъективации позитивного обязательства* по гарантированию плюрализма. В немецком конституционном праве этот подход сталкивается с серьезной критикой и обсуждается в контексте практического применения с большой осторожностью[1065]; в контексте медиарегулирования его реализация может означать признание субъективного права требовать введения общих ограничений коммуникационных свобод вне связи с конкретным делом, то есть выступать полной *противоположностью* классической функции коммуникационных свобод[1066].

Объективно-правовой компонент статьи 3 EMFA, включающий позитивное обязательство по гарантированию плюрализма, таким образом, подчиняет себе индивидуально-субъективное измерение этого права. Источником вдохновения европейского законодателя здесь, очевидно, служила немецкая концепция *служащей*

[1062] См.: Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S.895; в этом же направлении пункт преамбулы 8 EMFA.

[1063] Так, **применение статьи 3 EMFA** в вертикальных правоотношениях может иметь как негативное, так и позитивное измерения: *негативное* измерение может включать, например, «право на защиту от (дез)информации» или «право на защиту от индоктринации». То есть речь не идет о гарантировании доступа к информации со стороны государства в техническом смысле; согласно этой логике, потребитель имеет право на определенный уровень качества услуги. *Позитивное* измерение подразумевает, что субъект данного права сможет обжаловать принятые национальными медиарегуляторами меры, как, например, отзыв лицензии у частного вещателя или ограничение доступа к интернет-ресурсу, а также влиять на формирование управляющих органов общественных вещателей, требуя назначения или отзыва конкретных представителей. См.: Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S. 895-896.

[1064] Как отмечается в литературе, предпосылки для горизонтального применения статьи 3 EMFA можно найти в практике Суда ЕС. Это, однозначно, не может быть непосредственное действие данного права между частными лицами, но мыслимы ситуации, когда частные лица в споре между собой ставят вопрос о соответствии затрагивающих их интересы действий государства-члена ЕС названному праву. См.: Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S. 896-897.

[1065] См. подраздел 2 §1.4.

[1066] Например, получатель медиауслуг может настаивать на прекращении деятельности медиа, не соответствующих принципам внутренней плюралистической организации, или требовать ввести в его управляющие структуры представителей тех или иных социальных групп для обеспечения внутреннего плюрализма.

свободы вещания как пример полной функционализации основного права[1067]; но в Германии эта широко критикуемая за противоречие тексту Основного закона концепция распространялась только на сферу вещания, в то время как европейский законодатель, экспортируя эту идею из немецкого правопорядка, расширяет ее применение на всю коммуникационную сферу. Кроме того, в ФРГ служащая свобода вещания встраивалась в догматику основных прав, что в какой-то степени сдерживало ее антилиберальный характер; на европейском же уровне несоблюдение позитивного обязательства в рамках статьи 3 EMFA будет рассматривается как нарушение Договоров ЕС, а не как вопрос соблюдения основных прав[1068].

Существенно меньше внимания планируется уделить анализу закрепленного в статье 20 EMFA права на индивидуализацию медиапредложения, поскольку в свете анализа статьи 3 EMFA понятно, что и это право также является результатом ресубъективации позитивного обязательства по гарантированию плюрализма, обладая при этом рядом отличий, заслуживающих комментария. Во-первых, если право статьи 3 EMFA обеспечивает институтам ЕС *общую возможность* переструктурирования национальных систем гарантирования плюрализма, то право статьи 20 EMFA как бы является его специфической конкретизацией, ориентированной исключительно на гарантирование плюрализма на стороне потребителя информации. Во-вторых, адресатами права статьи 20 EMFA являются не только государства-члены ЕС в рамках соответствующего позитивного обязательства, но и непосредственно производители, разработчики и импортеры электронных устройств и пользовательских интерфейсов. В этом смысле статья 20 EMFA «синхронизирует» регулирование с DMA и DSA[1069]; поскольку полномочия Еврокомиссии в их рамках шире, становится понятной и логика отдельного закрепления этой гарантии – пока неизвестно, как государства-члены ЕС отреагируют на статью 3 EMFA, целесообразно защитить позиции институтов ЕС через отдельные гарантии, пусть и входящие в содержание права на доступ к плюралистическому и независимому медиаконтенту.

3. Следующий тематический блок, посвященный правам и обязанностям поставщиков медиауслуг[1070], для настоящего рассмотрения представляет интерес в трех аспектах. Первый

[1067] См.: Malferrari, L., Gerhold M. Op. cit. S. 897-898.

[1068] См.: Cappello, M. Op. cit. S. 18. Не имея конституционно-правовой возможности обосновать затрагивающее компетенцию государств-членов ЕС позитивное обязательство по гарантированию плюрализма из абзацев 1 и 2 статьи 11 Хартии, европейский законодатель, таким образом, создал дублирующее позитивное обязательство на основе экономических свобод внутреннего рынка.

[1069] Отмечается, что абзац 1 статьи 20 EMFA дополняет медиаспецифическим содержанием более общие предписания абзаца 3 статьи 6 DMA (обязанность крупных медиапосредников предоставить конечным пользователям возможность производить настройки в рамках операционной системы медиапосредника) и абзаца 1 статьи 25 DSA (запрет манипулятивных практик в интерфейсе онлайн-платформ). См.: Cappello, M. Op. cit. S. 19.

[1070] **Поставщиками медиауслуг признаются**, согласно пункту 2 статьи 2 EMFA, физические или юридические лица, чья профессиональная деятельность состоит в предоставлении медиауслуг и которые несут редакционную ответственность за выбор контента и определяют формат медиауслуги.

сюжет связан с непосредственным наделением поставщиков медиауслуг правами, конкретизирующими свободу предоставления услуг, в целях защиты внешнего плюрализма: с одной стороны, абзац 1 статьи 4 EMFA закрепляет их право свободно осуществлять экономическую деятельность в рамках внутреннего рынка за исключением предусмотренных правом ЕС ограничений, с другой стороны, на основе абзаца 2 этой же статьи государства-члены обязуются уважать *фактическую* редакционную свободу и независимость поставщиков медиауслуг при осуществлении ими профессиональной деятельности; государства-члены ЕС, включая национальных регуляторов, также не могут вмешиваться в редакционные стратегии и редакционные решения поставщиков медиауслуг или *пытаться повлиять* на них. Обстоятельство, что столь широкие формулировки можно интерпретировать как полностью исключающие гарантирование плюрализма на национальном уровне, не укрылось от внимания координационной комиссии федеральных земель по вещанию[1071].

В этом контексте в литературе отмечается тесная связь абзаца 2 статьи 4 с абзацем 1 статьи 21 EMFA, устанавливающим требования к принимаемым государствами-членами ЕС законодательным, регулирующим или административным мерам, которые могут затрагивать медиаплюрализм и редакционную независимость поставщиков медиауслуг[1072]: таковые должны быть в достаточной степени *справедливыми, соразмерными, обоснованными, транспарентными, объективными* и *недискриминационными*. На наш взгляд, подобный каталог требований весьма далек от определенности. Это объяснимо: европейский законодатель стремится создать противоречие между этими размытыми предписаниями, чтобы обосновать необходимость *взвешивания,* постоянного поиска *оптимума*. В процессе такой оптимизации, очевидно, в первую очередь под вопрос будут поставлены медиаполитические решения, защищаемые национальным конституционным правом[1073].

Второй сюжет связан с обязанностями поставщиков медиауслуг, закрепленными в статье 6 EMFA. Если общие обязанности о раскрытии информации не являются новыми и поэтому для настоящего рассмотрения не вполне интересны, то абзац 3 статьи 6 EMFA обязывает поставщиков медиауслуг, которые «осуществляют подготовку новостей и контента о текущих событиях», принимать меры, направленные на защиту внутреннего плюрализма[1074]. Палитру подобных мер предлагает Рекомендация Еврокомиссии 2022/1634,

---

[1071] См.: Beschluss der Rundfunkkommission. Op. cit.

[1072] См.: Cappello, M. Op. cit. S. 22.

[1073] См.: Beschluss der Rundfunkkommission. Op. cit.

[1074] В особенности речь идет о внутренней свободе прессы, предписание конкретизирует эти обязательства в двух подпунктах, которые заслуживают упоминания. *Во-первых*, упомянутые поставщики медиауслуг обязаны гарантировать, что редакционные решения в рамках редакционной политики принимаются свободно. *Во-вторых*, они обязаны способствовать раскрытию *фактических* или *потенциальных* конфликтов интересов, которые могли бы повлиять на подготовку новостей и контента о текущих событиях.

к анализу которой мы уже обращались[1075]. Несмотря на то, что европейский законодатель делает многократные указания на отсутствие конфликта этого предписания со статьей 11 Хартии и национальным конституционным правом, а также подчеркивает его необходимость в связи с повышением качества медиауслуг в рамках внутреннего рынка[1076], в действительности же контроль за соблюдением подобной обязанности является крайне серьезным вмешательством в коммуникационные свободы[1077]. Неслучайно, что это быстро распознали участники рынка прессы, подвергнув подобные обязанности критике[1078].

Интересно, что введение обязанностей абзаца 3 статьи 6 EMFA является, в сущности, ограничением внешнего плюрализма, защищаемого статьей 4 EMFA: европейский законодатель, таким образом, запрещает государствам-членам ЕС принимать меры, негативно влияющие на внешний плюрализм (например, устанавливать в публичном интересе правила внутренней организации медиа), но только для того, чтобы обеспечить себе самому и другим институтам ЕС возможность реализовывать точно такие же меры.

Третий сюжет связан с особой защитой журналистов, их конфиденциальной коммуникации и журналистских источников от злоупотреблений со стороны государств-членов ЕС, что гарантируется абзацем 3 статьи 4 EMFA. В литературе предлагается рассматривать эту норму как дополнение к уже упоминавшейся Директиве ЕС 2024/1069 против SLAPP-исков[1079], а также к директиве ЕС 2019/1937, направленной на защиту осведомителей, по нашему мнению, действующих в интересах институтов ЕС[1080]. В действительности нет нужды перечислять внушительный каталог запретов абзаца 3 статьи 4 EMFA, если принять во внимание, что возможные исключения из них допускаются на основе принципа соразмерности. В этом контексте важны аргументы депутата Европарламента Патрика Брейера (Patrick Breyer), который, сомневаясь в сдерживающем эффекте EMFA, говорит скорее о *легализации* слежки за журналистами[1081]; если это так, то смысл предписания скорее в том, чтобы перенести контроль за ней на уровень ЕС.

[1075] Рекомендация упоминается в пункте преамбулы 35 EMFA; см. подробнее подраздел 2 §2.1.

[1076] См., например, пункт преамбулы 34, а также абзац 3 статьи 6 EMFA.

[1077] Свобода прессы в рамках Основного закона, как уже отмечалось, подразумевает защиту политико-публицистической направленности медиа, утверждаемую издателем (Tendenzschutz). Повторимся, что немецкое крайне сдержанное отношение к внутренней свободе прессы является одним из ключевых медиаполитических решений, защищаемых конституционным правом страны. EMFA же предлагает отказ от этого решения или его существенную корректировку посредством взвешивания на европейском уровне внутренней свободы журналистов с правами издателя.

[1078] См., например, открытое письмо The EMFA Must Live up to its Name, Open Letter. Op. cit., а также Beschluss der Rundfunkkommission. Op. cit.

[1079] См. подраздел 5 §2.3.

[1080] См.: Cappello, M. Op. cit. S. 26; Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law. OJ L 305/17. 26.11.2019. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1937/oj/eng (accessed: 01.09.2024).

[1081] См.: Per Behördenkontrolle zur „Medienfreiheit“. Multipolar. URL: https://multipolar-magazin.de/artikel/medienfreiheitsgesetz (accessed: 01.09.2024).

4. Третий тематический блок связан с европейским регулированием общественного вещания, которому посвящена статья 5 EMFA. Эта норма впервые в истории европейского медиарегулирования отдельно затрагивает системы общественного вещания государств-членов ЕС[1082]. Абзац 1 статьи 5 EMFA содержит требования к функции общественных вещателей: они должны обеспечивать публику многообразием информации и мнений беспристрастным образом, соблюдая редакционную и функциональную независимость. Абзац 2 этой же статьи устанавливает не вполне определенные требования к формированию органов управления общественными вещателями[1083]. Наконец, абзац 3 анализируемой статьи задает не менее размытые принципы финансирования общественных вещателей[1084].

Отметим, что в ходе трилога формулировки законопроекта авторства Еврокомиссии были смягчены, в особенности по настоянию немецких федеральных земель[1085]. Прежде всего, предписания были переформулированы таким образом, чтобы исключить *непосредственную* адресацию норм общественным вещателям, вместо этого принятая версия регламента начинает каждый абзац с фразы *«государства-участники гарантируют […]»*[1086].

Еще один фактор риска, который пытались купировать в рамках трилога, заключается в том, что EMFA, являясь регламентом, по форме подразумевает высокую степень гармонизации, однако комбинирует эту жесткость с неопределенными предписаниями в отношении общественного вещания, некоторые из которых мы уже продемонстрировали. Очевидно, что такая комбинация неслучайна и открывает путь для злоупотреблений со стороны институтов ЕС. Поэтому по настоянию в том числе немецкой стороны в финальный вариант EMFA вошла оговорка о *минимальной гармонизации* абзаца 3 статьи 1[1087]; как мы уже отмечали, ее защитный эффект на практике может оказаться весьма небольшим.

В связи с тем, что в итоге был принят компромиссный вариант статьи 5 EMFA, существуют две точки зрения на то, вмешивается ли европейский законодатель недопустимым образом в защищенную конституционным правом немецкую систему

[1082] Dörr, R., Weber, P. Der European Media Freedom Act (EMFA) und seine Bedeutung für die nationale Medienregulierung // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2023. №5. S.385.

[1083] Названные требования скорее создают нужную для институтов ЕС правовую неопределенность, чем предлагают какой-то минимальный стандарт гармонизации права государств-членов ЕС в этой области. Например, согласно абзацу 2 статьи 5 EMFA органы управления общественного вещателя должны назначаться на основе *«транспарентного, открытого, эффективного и недискриминационного процесса и транспарентных, объективных, недискриминационных и соразмерных критериев».* Длительность их полномочий должна быть *«достаточной, чтобы гарантировать фактическую независимость общественного вещания»*.

[1084] Так, процесс финансирования общественных вещателей согласно абзацу 3 статьи 5 EMFA должен опираться на *«транспарентные и объективные критерии»* и гарантировать, что общественные вещатели будут располагать соответствующими их функции *«соразмерными, долгосрочными и предсказуемыми финансовыми средствами»* при сохранении их редакционной независимости.

[1085] См.: Dörr, R., Weber, P. Op. cit. S. 386.

[1086] См.: Proposal for EMFA. Op. cit; Cappello, M. Op. cit. S. 30.

[1087] См.: Dörr, R., Weber, P. Op. cit. S. 387.

общественного вещания. *Сторонники первой позиции* отвечают на этот вопрос утвердительно, потому что само обращение к тематике общественного вещания, в особенности в связи с описанием его функции, нарушает упоминавшийся Амстердамский протокол, специально оговаривающий особую ответственность государств-членов ЕС за эту сферу[1088]. К этому можно добавить, что немецкая система общественного вещания является фундаментом гарантирования плюрализма в Германии, который был возведен ФКС в ходе многолетней практики. Это значит, что и функция общественного вещания, и процесс формирования его управляющих органов и порядок финансирования в мельчайших деталях выведены из объективно-правового содержания свободы вещания[1089]. В этом смысле попытка европейских институтов навязать свою интерпретацию этих базовых установок не только вступает в конфликт с коммуникационными свободами Основного закона, но и ставит под вопрос компетенцию федеральных земель в сфере медиарегулирования, которая и без этого была радикально сокращена в результате судебного активизма ФКС.

Сторонники второй позиции указывают на абзац 4 статьи 5 EMFA, согласно которому надзор за соблюдением абзацев 1 – 3 этой же статьи осуществляют государства-члены ЕС, формируя специализированный независимый орган (или органы, если это обусловлено, например, федеративной структурой государства), а не Еврокомиссия или Европейский совет по медиауслугам[1090]. В этом смысле формулировки абзаца 1 статьи 5 EMFA оцениваются скорее как «ожидания», а не как вмешательство в определение функции общественных вещателей[1091]. Остальные требования этой статьи представляются как минимальный стандарт, который Германия с лихвой перевыполнила: распространенной является точка зрения, что предписания EMFA, касающиеся общественного вещания, направлены скорее против вещания Венгрии, а ФРГ не грозят системные перемены в связи с введением в действие этих предписаний регламента[1092].

[1088] На этой точке зрения стоят немецкие федеральные земли и некоторые исследователи, близкие немецким общественным вещателям. См.: Beschluss des Bundesrates 514/22 vom 25.11.2022. Op. cit; Dörr, R., Weber, P. Op. cit. S. 386. Даже текстуальное сравнение абзаца 1 статьи 5 EMFA и §26 MStV, определяющего функцию общественных вещателей в ФРГ, сигнализирует о конфликтном потенциале между этими нормами.

[1089] О глубине детализации свободы вещания в практике ФКС см.: Монахов, В. Свобода вещания как результат конституционного правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 5. С. 4-21.

[1090] Этот аргумент весьма спорный, ведь у Еврокомиссии остается возможность запустить процесс нарушения Договоров, если она посчитает, что абзац 4 статьи 5 EMFA не выполняется государствами-членами ЕС; очевидно, что действовать подобным образом она будет скорее всего в том случае, если у институтов ЕС будет вызывать недовольство способ организации системы общественного вещания или производимый в ее рамках контент. В литературе также оговаривается, что даже несмотря на отсутствие особого упоминания, Еврокомиссия будет осуществлять надзор за общественным вещанием в рамках статьи 26 EMFA, предоставляющей ей общие полномочия по надзору за соблюдением регламента, в том числе в рамках мониторинга верховенства права. См. подробнее: Cappello, M. Op. cit. S. 31-32; Dörr, R., Weber, P. Op. cit. S.388.

[1091] См.: Dörr, R., Weber, P. Op. cit. S.386.

[1092] Подобные оценки высказывались на конференции Института европейского медиаправа., см: Der EMFA ist da – Beginn eines neuen Zeitalters der EU-Medienregulierung? Institut für Europäisches Medienrecht. URL: https://emr-sb.de/vod-der-emfa-ist-da-beginn-eins-neuen-zeitalters-der-eu-medienregulierung/ (accessed: 01.09.2024), см. также: Dörr, R., Weber, P. Op. cit. S.388.

Таким образом, справедливо было бы утверждать, что перспективы трансформации немецкой системы общественного вещания в европейской парадигме остаются туманными: статья 5 EMFA создала необходимую институтам ЕС правовую неопределенность и сигнализировала о стремлении официального Брюсселя пересмотреть в одностороннем порядке установленные Амстердамским протоколом принципы в отношении общественного вещания, но время перехода ЕС к действиям будет определяться политической целесообразностью. Текущая реформа общественного вещания в Германии может стать поводом для этого, ведь она также, как и статья 5 EMFA, направлена на централизацию и усиление контроля за общественным вещанием.

5. Четвертый содержательный блок EMFA посвящен привилегированию европейских медиа в отношениях с крупными онлайн-платформами. Статья 18 EMFA, выступая в качестве дополнения DSA[1093], обязывает поставщиков крупных онлайн-платформ создать механизм, в рамках которого любое ограничение контента «качественных медиа» потребует обоснования и предварительного уведомления последних с предоставлением им по общему правилу 24-часового срока на ответ, до истечения которого ограничивающее решение не может быть принято; при этом жалобы указанных поставщиков медиауслуг должны обрабатываться в приоритетном порядке. Если конфликт медиа с крупной онлайн-платформой сохраняется, предусматривается возможность медиации или досудебного урегулирования в рамках установленных DSA базовых процедур с возможностью привлечения Еврокомиссии и Европейского совета по медиауслугам. В дополнение к этому поставщики крупных онлайн-платформ обязаны раскрывать статистическую информацию об ограничении контента привилегированных медиа, а Еврокомиссия наделяется возможностью устанавливать руководящие принципы реализации описанного механизма.

В основе концепта этого предписания лежат две идеи. Во-первых, привилегирование обосновывается наличием у медиа культурного измерения, ценность которого для демократии не позволяет подвергать его контент *повторной проверке* со стороны крупных онлайн-платформ[1094]. Пользовательский контент, таким образом, косвенно признается *менее ценным* для демократического дискурса, ведь в отношении него риск «оверблокинга» будет

[1093] Например, абзац 4 статьи 14 DSA предполагает обязательства поставщиков крупных онлайн-платформ и поисковых машин среди прочего учитывать гарантии медиаплюрализма. Норма статьи 18 EMFA как бы детализирует эту обязанность в контексте специального медиарегулирования. См.: Hennemann, M. Op. cit. S. 501.

[1094] См.: Cappello, M. Op. cit. S. 34; Hennemann, M. Op. cit. S. 501. О *повторной проверке* здесь говорится с учетом обстоятельства, что медиа в рамках подготовки журналистско-редакционного контента уже осуществляют качественную селекцию информации, поэтому еще один уровень модерации контента со стороны крупных онлайн-платформ представляется излишним. В основе этой идеи лежит представление о свободе прессы как о *функционализированном* основном праве, представляющим привилегии для журналистов в силу важности их деятельности для демократии. Столь далекоидущее содержательное привилегирование журналистского контента вступает в противоречие с позицией ФКС, согласно которой высказанное прессой охватывается свободой выражения мнения, а не свободой прессы; последняя защищает институциональные аспекты производства и распространения прессы – особая свобода выражения мнения для прессы не отвечала бы принципу равенства. См.: Schemmer, F. GG Art. 5 // Epping, V., Hillgruber, C. (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz. 54. Aufl. München: C.H. Beck; 2023. Rn. 56-59.

оставаться по-прежнему высоким. Во-вторых, норма косвенно направлена на приоритизацию профессионального медиаконтента, который в целях гарантирования плюрализма на стороне потребителя информации должен *«подмешиваться»* (Beimischungspflicht[1095]) к основному контенту крупных онлайн-платформ.

Оговоримся, что подобный информационный патернализм, хотя и ограничивает свободу информации, сам по себе вполне может быть обоснован на современном этапе. Решающим для определения соответствия подобной идеи коммуникационным свободам Основного закона будет скорее ответ на вопрос *какие медиа* и *в каком порядке* будут наделяться этой привилегией. На эту тему в ходе разработки DSA и EMFA были споры, суть которых сводилась к тому, как *не допустить* к пользованию привилегией те медиа, которые по мнению институтов ЕС или государств-членов не являются качественными[1096]. Для этого статья 18 EMFA предусматривает следующие фильтры. *Во-первых*, для получения привилегии помимо прочих формальностей поставщики медиауслуг должны являться независимыми от государств-членов ЕС, политических партий, третьих стран и либо подлежать непосредственному надзору со стороны медиарегулятора одного из государств-членов ЕС, либо войти в какую-либо признанную ими систему саморегулирования[1097]. *Во-вторых*, Еврокомиссия *имеет право*, но не обязана вмешиваться в конфликт между крупной онлайн-платформой и медиа, процесс разрешения которого не формализован. С учетом крайне широких полномочий Еврокомиссии в рамках DSA это означает, что она сможет обеспечивать привилегирование определенных медиа произвольно. *В-третьих*, согласно абзацу 4 статьи 18 EMFA привилегия не действует, если крупные онлайн-платформы выполняют ряд обязательств в рамках DSA и некоторых других актов вторичного права ЕС. Здесь достаточно упомянуть лишь статьи 34 и 35 DSA, в соответствии с которыми

[1095] Интересно соотношение этой идеи с правом на индивидуализацию медиапредложения статьи 20 EMFA, которое мы проанализировали выше: с учетом оговорок предложения 2 абзаца 1 этой статьи, представляется, что оно *не дает пользователям возможность отказаться* от приоритизации («подмешивания») контента «качественных медиа».

[1096] Данная привилегия не была введена в DSA как раз по причине возможных злоупотреблений в целях распространения дезинформации. Например, близкие к институтам ЕС исследователи высказывали опасения, что предписание может быть инструментализовано «зарубежной пропагандой». Отмечается, что для противодействия этому зарубежные медиа, в отношении которых будет установлена связь с иностранным государством, не будут допускаться к пользованию привилегией статьи 18 EMFA. См.: Verheyen, S. Der Europäische Medienfreiheitsakt: Ein Meilenstein für die Pressefreiheit in der EU // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2024. №12. S. 537-538.

[1097] Пункт 53 преамбулы EMFA дает некоторые пояснения на эту тему. Так, в случае сомнений, что медиа действительно отвечает высоким стандартам, поставщики крупных онлайн-платформ должны запрашивать информацию у национальных медиарегуляторов. В целом же предполагается, что онлайн-платформы должны руководствоваться *базами данных благонадежных медиа*, разработанными при финансовой поддержке Еврокомиссии. Так, EMFA отдельно упоминает *Journalism Trust Initiative,* фактчекинговые и некоммерческие организации или профессиональные союзы. Последние при этом, согласно преамбуле, должны иметь возможность указать на несоблюдение медиа журналистских стандартов. Кроме того, Еврокомиссия выпускает руководящие принципы, на основе которых поставщики медиауслуг, осуществляющие «дезинформацию, информационную манипуляцию или вмешательство, в особенности контролируемые третьими странами» не должны допускаться к пользованию привилегией.

Еврокомиссия получает фактически неограниченную возможность обязывать крупные онлайн-платформы *удалять легальный медиаконтент*[1098].

Основная конституционно-правовая проблема статьи 18 EMFA возникает в связи с широкими полномочиями Еврокомиссии. Поскольку по немецкому праву этот институт ЕС эквивалентен органу исполнительной власти[1099], и в соответствии с коммуникационными свободами абзаца 1 статьи 5 Основного закона в Германии действует принцип независимости медиа от государства (Staatsferne)[1100], конкретизацией которого является требование *независимости медианадзора от государства*[1101], статья 18 EMFA является в действительности *угрозой плюрализму*, а не его гарантией. В таком виде предписание несовместимо с Основным законом.

6. Пятый тематический блок EMFA связан с введением ряда мер, направленных на усиление контроля институтов ЕС за внутренним медиарынком, среди которых наиболее значимыми являются, *во-первых*, специальный контроль за медиаконцентрацией на европейском уровне, *во-вторых*, ограничение влияния на медиа со стороны государств-членов через (пере)распределение экономических ресурсов.

Концепция специального контроля за медиаконцентрацией на европейском уровне, как отмечается, имеет долгую историю и отсылает к европейским инициативам 1990-х годов; на современном этапе европейскому законодателю удалось реализовать ее в статьях 22 и 23 EMFA[1102]. Так, абзац 1 статьи 22 EMFA обязывает государства-члены ЕС закрепить в национальном праве материальные и процессуальные нормы, позволяющие проводить

[1098] Согласно статьям 34 и 35 DSA, последствия которых для европейского коммуникационного порядка, как признается, невозможно переоценить, вводится **механизм противодействия системным рискам** со стороны крупных онлайн-платформ и поисковых машин. Европейский законодатель выделяет 4 крупных сектора системных рисков, из которых только первая группа связана с недопустимостью распространения противоправного контента; остальные три категории охватывают риски возможного негативного воздействия крупных онлайн-платформ и поисковых машин на основные права Хартии, демократический дискурс, общественные дебаты, психическое здоровье и так далее. Согласно DSA на крупные онлайн-платформы и поисковые машины возлагается обязанность противодействовать этим рискам; наиболее мощные контрольные компетенции здесь получает Еврокомиссия, в особенности, связанные с финансовым санкционированием крупных онлайн-платформ. В качестве одной из возможных мер противодействия системным рискам регламент называет и *деприоритизацию легального медиаконтента*. Еще более жесткий протокол, сходный *чрезвычайному положению в информационной сфере*, предусматривает статья 36 DSA. На наш взгляд, таким образом Еврокомиссия получает широкие возможности по управлению общественным мнением, выбирая, с одной стороны, какой медиаконтент будет «подмешиваться» пользователям онлайн-платформ, и определяя, с другой стороны, с какими медиаматериалами европейским гражданам не следует знакомиться. См.: Gerdemann S., Spindler G. Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2). Op. cit. S. 122-124.

[1099] См.: Schultz, A. Errichtung einer Europäischen Medienbehörde. Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne oder notwendige Harmonisierung des Medienrechts? // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2024. №2. S. 57.

[1100] См.: Kühling, J. GG Art. 5. Op. cit. Rn. 74, 74a.

[1101] См.: Kreißig, W. Unabhängigkeit und Staatsferne der Medienaufsicht – Aktuelle Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2023. №5. S.389-390.

[1102] Так, указывается, что в упоминавшейся нами Зеленой книге Европейской комиссии о плюрализме и концентрации СМИ на внутреннем рынке уже в 1992 году содержались идеи о гармонизации права государств-членов, касающихся регулирования медиасобственности. Тогда эти инициативы не были реализованы из-за возражений относительно отсутствия союзной компетенции. На современном же этапе европейский законодатель воспользовался возможностью включить этот концепт в EMFA, избежав при этом серьезных обсуждений в публичной сфере. См.: Cappello, M. Op. cit. S. 37; Klumpp, U., Witte Paz, A. Weniger Zusammenschlüsse – mehr Medienfreiheit? Art. 22 EMFA als weitere Hürde für Zusammenschlüsse auf dem Medienmarkt // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2024. №2. S.107.

превентивную оценку слияний на медиарынке на предмет их потенциального значительного воздействия на медиаплюрализм и редакционную независимость.

Специальный характер контроля подчеркивает оговорка этого же абзаца, согласно которой вводимый EMFA механизм отличается от национального и европейского контроля за слияниями и поглощениями, в том числе предусмотренного регламентом ЕС 139/2004 о контроле над операциями по концентрации[1103]. Таким образом, контроль в рамках EMFA направлен на противодействие концентрации *публицистической* власти и защиту внешнего плюрализма; при этом он является *параллельным* ориентированному на защиту от концентрации *рыночной* власти антимонопольному контролю[1104]. Очевидно, что контроль за публицистической властью медиа имеет мало общего с внутренним рынком, поэтому обсуждаемая нами выше непригодность статьи 114 TFEU в качестве компетенционной основы EMFA особенно подчеркивается в литературе в отношении данного механизма[1105].

Контроль в рамках статьи 22 EMFA является весьма широким по предмету – он охватывает всю медиасферу, включая онлайн-платформы, и не привязывается к отдельным секторам прессы или вещания, что характерно, например, для справедливо критикуемых за устарелость аналогичных предписаний, действующих на национальном уровне, в том числе и в Германии.

Парадоксально, что европейский законодатель, декларируя цель по гармонизации разнообразных предписаний государств-членов ЕС в сфере медиаконцентрации, не вводит практически никаких стандартов для этого. Так, в качестве *формальных* требований к контролю в рамках статьи 22 EMFA, среди прочего, предлагается учитывать критерии транспарентности, объективности, соразмерности и недискриминационности в отношении как всей процедуры, так и отдельно для оценки слияний на медиарынке. Относительно *материальных* стандартов дело обстоит не сильно лучше: EMFA не устанавливает значений, когда слияние медиакомпаний следует считать оказывающим существенный эффект на

[1103] Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). OJ L 024, 29.01.2004 P. 0001-0022. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj/eng (accessed: 01.09.2024). Так, согласно абзацу 4 статьи 21 данного регламента, регулирующего слияния и поглощения *союзного значения*, государства-члены ЕС *имеют право* принимать дополнительные меры в рамках контроля концентрации, направленные, среди прочего, на гарантирование плюрализма. Эта оговорка привела к созданию в ряде государств-членов ЕС, в том числе ФРГ, специфических для медиасферы предписаний о допустимой концентрации. Положение абзаца 1 статьи 22 EMFA, как отмечается в экспертном сообществе, следует понимать так, что теперь государства-члены ЕС *будут обязаны* предусматривать специальные предписания, направленные на гарантирование плюрализма и редакционной независимости. См. пункт преамбулы 66 EMFA; Cappello, M. Op. cit. S. 40.

[1104] Именно **параллельность контроля** (одно и то же слияние не допускается, если оно запрещено в рамках хотя бы одного механизма) вызывает вопросы. Как отмечается в литературе, в антимонопольный контроль вполне могут быть «встроены» специфические для медиасферы предписания, гарантирующие плюрализм: хотя власть над общественным мнением (Meinungsmacht) не эквивалентна рыночной власти (Marktmacht), это не означает, что все важные для сохранения публицистической и рыночной конкуренции параметры не могут быть учтены в рамках *единого механизма*. Представляется, европейский законодатель пошел на столь нелогичный шаг, удвоив степень бюрократизации и административные расходы затронутых медиакомпаний, чтобы получить возможность влияния на принимаемые государствами-членами ЕС меры в сфере медиаконцентрации. См. Klumpp, U., Witte Paz, A. Op. cit. S. 107.

[1105] См. Klumpp, U., Witte Paz, A. Op. cit. S. 107-108.

медиаплюрализм и редакционную независимость и как в дальнейшем оценивать его допустимость[1106]. Это вызывает серьезный вопрос о целесообразности введения данного инструмента, ответ на который с нашей точки зрения весьма простой: цель европейского законодателя заключается не в создании четких и понятных правил в сфере медиаконцентрации, а в *перехвате контроля* за ней у государств-членов ЕС, для чего он вновь вполне последовательно использует метод создания правовой неопределенности.

Наша позиция подтверждается, если обратить внимание на немногочисленные материальные требования к оценке слияний на медиарынке, которые все же можно найти в абзаце 2 статьи 22 EMFA. *Во-первых*, пункт b) этого абзаца обязывает государства-члены в ходе такой оценки учитывать принятые медиакомпаниями меры по защите редакционной независимости, в том числе по гарантированию внутренней свободы прессы[1107]. Таким образом, окончательно размываются границы между принципами внешнего и внутреннего плюрализма, что чревато конфликтом с позицией ФКС: контроль медиаконцентрации, направленный на защиту внешнего плюрализма, разрешается полностью релятивировать, если медиакомпания добровольно ограничивает свободу прессы своих владельцев и соглашается на принципы внутреннего плюрализма[1108]. *Во-вторых*, пункт c) указанного абзаца предполагает принять во внимание вопрос экономической выживаемости медиакомпаний в случае, если запрашиваемое слияние не состоится, и оценить возможные альтернативы поддержания их жизнеспособности. Очевидно, что эта оговорка способна свести значение контроля медиаконцентрации до формального повода для дачи детальных (и обязательных) указаний общего характера по ведению медиабизнеса. Наконец, *в-третьих*, пункт d) этого абзаца обязывает учитывать при оценке слияний на медиарынке уже проанализированный выше ежегодный доклад Еврокомиссии о верховенстве права в аспекте

[1106] См.: Klumpp, U., Witte Paz, A. Op. cit. S. 108.

[1107] См. подраздел 3 настоящего параграфа в контексте обязанностей, вытекающих из абзаца 3 статьи 6 EMFA.

[1108] Хотя и ФКС допускает до определенной степени *комбинирование* внутреннего и внешнего плюрализма в вещательном секторе, его позициям, на наш взгляд, вполне близка идея, согласно которой принципу внешнего плюрализма как наиболее щадящей форме ограничения коммуникационных свобод должен отдаваться приоритет перед внутренним плюрализмом. Иными словами, если в релевантном медиасекторе удается гарантировать внешний плюрализм, то государство должно воздержаться от вмешательства во внутреннюю организацию медиа, и только если гарантировать внешний плюрализм по каким-либо причинам не удается, у государства возникает обязательство гарантировать плюрализм «внутри» медиакомпании. См., например: BVerfGE 83, 238 (316). Позиция ФКС находит отражение в §60 MStV, устанавливающим для частных телевещателей ограничения по концентрации в их руках публицистической власти. При превышении телепрограммами одной компании порогового значения в 30% телезрителей в среднем в течение года презюмируется ее преобладающая на рынке публицистическая власть (vorherrschende Meinungsmacht). В качестве возможной реакции медиарегуляторов на подобное положение дел абзац 4 §60 MStV тоже предлагает меры по обеспечению внутреннего плюрализма, например, создание консультативного совета в соответствии с §66 MStV, эффективное влияние которого на программу вещателя должно быть гарантировано. Однако, весь комплекс мер MStV все же в первую очередь направлен на снижение доли компании на рынке, а введение консультативного совета по степени своего ограничительного влияния на коммуникационные свободы владельца медиакомпании едва ли сравнимо по интенсивности вмешательства в коммуникационные свободы с мерами абзаца 3 статьи 6 EMFA, детализацию которых дает проанализированная нами Рекомендация Еврокомиссии (EU) 2022/1634. Кроме того, MStV, устанавливая закрытый перечень мер, дает меньше возможностей *комбинировать* принципы внутреннего и внешнего плюрализма (*то есть осуществлять медиаполитику*) непосредственно надзорным органам.

медиаплюрализма и медиасвобод; при этом не совсем ясно, насколько это требование способно ограничить дискрецию государств-членов ЕС по оценке медиаконцентрации.

Продолжая размышлять на тему недостаточной правовой определенности механизма статьи 22 EMFA, исследователи обращают внимание на еще один нюанс: регламент не устанавливает правовых последствий позитивной или негативной оценки слияния на медиарынке[1109]. Здесь же остается неясной и роль Еврокомиссии с Европейским советом по медиауслугам, которые наделяются широкими правами участия в оценке слияний, в том числе по собственной инициативе, при этом, однако, национальные медиарегуляторы не связываются их решениями, хотя регламент и предлагает учитывать их «наилучшим образом» [1110]. Вполне возможно, что этот общий тренд на *деформализацию* регулирования неслучаен, а задуман европейским законодателем в целях обеспечения политически дифференцированного подхода к различным по фактическому влиянию государствам-членам ЕС. Если это подозрение подтвердится на практике, у критиков появятся аргументы о предрасположенности EMFA к злоупотреблениям, нарушающим принцип равенства государств-членов перед Договорами ЕС абзаца 2 статьи 4 TEU и вытекающими из него обязательствами единообразного установления и применения права союза[1111].

Для коммуникационного порядка Германии статья 22 EMFA означает не только снижение правовой определенности и размытие полномочий национальных медиарегуляторов, но и *сверхрегулирование*. В стране и так уже предусмотрены, в том числе в результате практики ФКС[1112], *два механизма* контроля за медиаконцентрацией – в рамках

[1109] Указывается, в частности, что в отличие от норм антимонопольного права регламент не устанавливает обязательства разрешить слияние, получившее позитивную оценку, и, наоборот, запретить слияние, если оно не было одобрено. Также EMFA не предусматривает принцип запрета осуществления слияния до получения разрешения от регулятора, что характерно для антимонопольных правил. См.: Klumpp, U., Witte Paz, A. Op. cit. S. 104.

[1110] Так, *во-первых*, в соответствии с абзацем 3 статьи 22 EMFA Еврокомиссия уполномочивается издавать руководящие принципы для оценки медиаконцентрации, в том числе касающиеся внедрения компаниями внутренней свободы прессы. С учетом обстоятельства, что статья 22 EMFA вводит минимум содержательных критериев для такой оценки, руководящие принципы Еврокомиссии могут иметь серьезное практическое значение, оставаясь непоименованным в статье 288 TFEU правовым актом. Исследователи обосновано обращают внимание, что руководящие принципы издаются *уполномоченным* осуществлять контроль за медиаконцентрацией органом *по итогам* его административной практики; в то же время согласно статье 22 EMFA государства-члены ЕС, а не Еврокомиссия обязаны осуществлять контроль за медиаконцентрацией. См.: Klumpp, U., Witte Paz, A. Op. cit. S. 107-108. *Во-вторых*, в соответствии с абзацем 4 статьи 22 и статьей 23 EMFA Еврокомиссия и Европейский совет по медиауслугам получают возможность как по запросу национальных медиарегуляторов, так и по собственной инициативе публиковать позиции о конкретных слияниях на медиарынке. Представляется, что неопределенные взаимоотношения Еврокомиссии и названного совета в вопросе влияния на медиаконцентрацию неслучайны: если задуманный как независимый институт Европейский совет по медиауслугам отклонится от линии Еврокомиссии, она сможет отдельно от него презентовать собственную позицию. Более того, EMFA допускает ситуацию, когда Еврокомиссия запрашивает у Европейского совета по медиауслугам позицию по конкретному слиянию, но в дальнейшем сохраняет право на публикацию собственного мнения по этому же вопросу. Все это вызывает сомнения в соблюдении принципа независимости медианадзора.

[1111] См.: Franzius, C. EUV Art. 4. Op. cit. Rn. 20-23; Classen, CD. Die Gleichheit der Mitgliedstaaten und ihre Ausformungen im Unionsrecht // Europarecht. 2020. №3. S. 255-269.

[1112] См.: BVerfGE 158, 389 (418).

антимонопольного права[1113] и в рамках медиаправа[1114]. Нельзя сказать, что оба механизма являются эффективными; немецкое государство скорее мирится с высокой концентрацией, чем пытается ей противодействовать; не в последнюю очередь это объясняется реальным ухудшением экономического положения классических медиа. В этом контексте даже выражается мнение, что концепция специализированного европейского контроля за медиаконцентрацией способна скорее *навредить* медиаплюрализму в ФРГ, ведь объединенные в крупные концерны немецкие медиа способны производить более плюралистический контент, чем, например, находящиеся в затруднительном экономическом положении небольшие региональные или местные газеты[1115].

На наш взгляд, дело обстоит сложнее. Из-за неэффективности борьбы с медиаконцентрацией на национальном уровне в Германии обсуждается фундаментальная реформа; уже сейчас мы можем определить некоторые основные черты новой модели: *ориентация на широкую интерпретацию плюрализма, кроссмедиальность, непрерывность* и *гибкость*[1116]. В таком исполнении немецкий специальный контроль за

[1113] **В рамках антимонопольного права** регулирование направлено на контроль *внешнего* роста компаний прессы и частного сектора вещания. Так, в соответствии с абзацем 3 §38 немецкого закона о конкуренции (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) для слияний в сфере прессы и вещания устанавливаются более строгие критерии, чем действующие по общему правилу. Как отмечается в литературе, эта инициатива, ставшая реальностью в 1976 году, была направлена на предотвращение слияния региональных и локальных издателей прессы. В 1998 году регулирование было распространено и на частный вещательный сектор. На современном же этапе, с 2013 по 2017 годы, признается, что идея исчерпала себя: из-за падения доходов участников рынка прессы законодатель многократно смягчал критерии; сегодня звучат призывы и вовсе отменить эти ограничения, поскольку от высокой концентрации прессы стала зависеть ее выживаемость. В некоторых аспектах государство даже *способствует* концентрации, чтобы предотвратить исчезновение с рынка небольших и средних газет. См.: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 400) geändert worden ist; Klumpp, U., Witte Paz, A. Op. cit. S. 106, 108; Zukunftsorientierte Vielfaltssicherung im Gesamtmarkt der Medien. Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk. URL: https://www.kek-online.de/publikationen/medienkonzentrationsberichte/siebter-konzentrationsbericht-2021/ (accessed: 01.09.2024). S. 20-21.

[1114] **В рамках медиаправа** контролируется как *внешний*, так и *внутренний* рост частных вещателей. Требования по гарантированию плюрализма в этой сфере устанавливаются уже упоминавшимся §60 MStV, а также земельными законами о вещании. Например, MStV фиксирует общее пороговое значение в 30% телезрителей в среднем в течение года, при превышении которого презюмируется преобладающая на рынке публицистическая власть вещателя. Данная модель, ориентированная исключительно на телевещательный сектор, вызывает справедливую критику как устаревшая. Кроме того, по словами практиков, из-за некоторой неопределенности в юридических деталях этой модели, практическое значение этого предписания было «сведено к нулю» Федеральным административным судом ФРГ (BVerwGE 138, 186; BVerwGE 149, 52). См. подробнее конференцию Института европейского медиаправа: Entwicklung der Medienregulierung – Spotlight Medienkonzentration. Institut für Europäisches Medienrecht. URL: https://emr-sb.de/vod-webinar-entwicklung-der-medienregulierung-spotlight-medienkonzentration/ (accessed: 05.12.2024).

[1115] См.: Klumpp, U., Witte Paz, A. Op. cit. S. 108.

[1116] Во-первых, *ориентация на широкую интерпретацию плюрализма* предполагает, что контроль за концентрацией публицистической власти будет измеряться не только на уровне производителя информации, но и включать оценку поведения потребителя информации, в том числе по содержательным, в особенности политическим темам. Кроме того, контроль будет основываться на изучении *медиаэффектов* – это значит, что будут учитываться эмоциональные, когнитивные, поведенческие воздействия медиа на потребителей. Во-вторых, *кроссмедиальность* предполагает мониторинг не только телевещательного сектора, а всей медиасферы, включая, по-видимому, и пользовательский контент. В-третьих, *непрерывность* означает безинтервальный мониторинг угроз и оперативную реакцию медиарегулятора на них благодаря автоматизации. В-четвертых, *гибкость* означает отсутствие четких критериев (например, определенной доли телезрителей по образцу §60 MStV). См.: Stark, B., Reinemann, C., Zieringer, L., & Stegmann, D. Monitoring von Meinungsmacht: Ein neuer Ansatz zur Sicherung vielfältiger Meinungsbildung im

медиаконцентрацией трансформируется во *всеобщий неэкономический контроль за значимыми участниками массовой коммуникации* под эгидой антимонопольной процессуальной формы. Немецкий будущий концепт соответствует статье 22 EMFA, но является гораздо более ограничительным для коммуникационных свобод, как минимум, потому что он ориентирован не только на *внешний*, но и на *внутренний рост* компаний, то есть даже не требует слияния как повода для начала контроля.

За исключением угрозы дефедерализации немецкого медиарегулирования и спорной независимости европейского механизма в свете влияния на него Еврокомиссии конфликтный потенциал будущего немецкого и существующего европейского регулирования в контексте статьи 22 EMFA не следует оценивать как высокий: противостояние скорее вероятно в ходе конкуренции за ограничение свободы конкретной медиакомпании. Относительно несовместимости этих идей с коммуникационными свободами Основного закона остается немного сомнений, но критерием для итогового вывода послужит практика.

Существенно меньше внимания заслуживают предписания об ограничении экономического влияния на медиа со стороны государств-членов ЕС, сконцентрированные в статье 25 EMFA, поскольку уровень их правовой неопределенности не способствует глубокому анализу. В целом же на основе триединой структуры нормы следует зафиксировать, что государства-члены, *во-первых*, обязываются на основе надлежащих критериев и правовой процедуры распределять между поставщиками медиауслуг экономические ресурсы[1117], *во-вторых*, добровольно призываются к более справедливому, «плюралистичному» их распределению, и, *в-третьих*, регулярно предоставляют информацию о таком распределении. В сущности, регламент стремится обеспечить контроль за экономическим влиянием государств-членов ЕС на национальные коммуникационные порядки; комментария здесь заслуживает только отсутствие аналогичных обязательств по отношению к институтам ЕС, в особенности Еврокомиссии. Впрочем, в отношении Германии эти ограничения могут повлечь серьезные последствия, если принимать во внимание большой объем финансирования, который федеральное правительство по своему усмотрению расходует на закупку рекламы или прямые выплаты журналистам частного и общественного секторов[1118].

Plattformzeitalter. Bidt DE, 2024. URL: https://www.bidt.digital/publikation/monitoring-von-meinungsmacht-sicherung-von-meinungsvielfalt-im-plattformzeitalter/ (accessed: 01.09.2024).

[1117] Категорию **«экономические ресурсы»** европейский законодатель рассматривает очень широко: в нее входят любые публичные средства, встречные предоставления или иные преимущества, которые государственные органы непосредственно или опосредованно гарантировали или направили поставщикам медиауслуг или онлайн-платформ на рекламные цели, оплату поставок или закупки услуг. См. абзац 1 статьи 25 EMFA.

[1118] Так, в ответ на запросы депутатов Бундестага федеральное правительство предоставило обезличенную статистику, подтверждающую **системное финансирование журналистов** за модерацию вещательных программ, проведение интервью, мероприятий и так далее. См.: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Martin Erwin Renner, Dr. Marc Jongen, Dr. Götz Frömming, Beatrix von Storch und der Fraktion der AfD. Drucksache 20/5822, 27.02.2023. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/058/2005822.pdf (accessed: 01.09.2024). Также была предоставлена

7. Шестой тематический блок затрагивает вопросы организации и координации институтов для эффективного надзора за соблюдением EMFA. В тексте регламента этому уделяется больше всего внимания; соответственно, и наиболее серьезные претензии государств-членов ЕС наблюдаются именно в отношении этого раздела. Ключевой здесь является идея создания *Европейского совета по медиауслугам* (EBMS), который приходит на смену функционировавшей в соответствии с директивой AVMSD Группе европейских регуляторов аудиовизуальных медиауслуг (ERGA)[1119].

Несмотря на то, что EBMS образует с национальными медиарегуляторами двухуровневую систему, в которой ключевая роль отводится последним[1120] – их же представители участвуют в его формировании[1121] –, с учетом выявленной тенденции к централизации в ЕС крайне маловероятно, что новый орган будет соответствовать сумме его «национальных» частей. Иными словами, в оформлении институционального дизайна европейского медиарегулирования важнейшим является вопрос – будет ли EBMS *независимым* и если да, то *от кого.*

От влияния государств-членов ЕС новый институт должны оградить требования юридической и функциональной независимости надзора за аудиовизуальными медиа[1122].

статистика закупки рекламы в медиа различных типов. Например, с 2015 по 2019 год федеральное правительство потратило около 185 млн евро на рекламу в прессе, на телевидении и в Интернете, в том числе среди блогеров. Стоит учитывать также, что некоторые расходы оформляются как субвенции для доставки ежедневных печатных газет или «структурная поддержка журналистской деятельности». См.: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Martin E. Renner, Dr. Marc Jongen, Dr. Götz Frömming, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD. Drucksache 19/21280, 27.07.2020. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/19/212/1921280.pdf (accessed: 01.09.2024). Кроме того, федеральному правительству пришлось раскрыть информацию о системном финансировании «фактчекинговых» некоммерческих организаций, в том числе в целях повышения медиаграмотности. См.: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Martin Erwin Renner, Dr. Marc Jongen, Dr. Götz Frömming, Beatrix von Storch und der Fraktion der AfD. Drucksache 20/12475, 05.08.2024. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/124/2012475.pdf (accessed: 01.09.2024). Правительство заявляет о том, что финансирование не влияет на содержание материалов и осуществляется в соответствии с Основным законом на принципах независимости, что, однако, не вызывает доверия в связи с сообщениями в прессе. См., например: Die fragwürdige Finanzierung von Correctiv: US-Oligarchen und Bundesbehörden. NachDenkSeiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=110662 (accessed: 01.09.2024).

[1119] Статья 8 EMFA, учреждающая EBMS, также указывает на правопреемство нового института по отношению к ERGA; статья 28 EMFA выводит из действия статью 30b директивы AVMSD, являвшейся основой для создания ERGA. В сущности, уже название создаваемого органа сигнализирует, что речь идет об организации с более широкими полномочиями – вместо аудиовизуального сектора теперь охватывается вся медиасфера с принципиально иным уровнем интенсивности регулирования.

[1120] **Общие полномочия национальных медиарегуляторов** закрепляются в статье 7 EMFA, согласно которой последние участвуют в применении большинства предписаний регламента за исключением статьи 3 (право на доступ к плюралистическому и независимому медиаконтенту), статьи 4 (права поставщиков медиауслуг), статьи 5 (гарантии в отношении общественного вещания), статьи 6 (обязанности поставщиков медиауслуг) EMFA.

[1121] **Формирование EBMS** осуществляется в соответствии со статьей 10 EMFA из представителей национальных медиарегуляторов, каждый из которых получает один голос. Решения принимаются двумя третями голосов. В случае, если государство-член ЕС, например, в силу федеративной структуры имеет несколько медиарегуляторов (напомним, в Германии медиарегулирование осуществляется федеральными землями), то право голоса осуществляет их общий представитель. Еврокомиссия также назначает своего представителя в EBMS, но он не может голосовать. EBMS выбирает среди своих членов председателя и заместителя. Регламент EBMS утверждается по согласованию с Еврокомиссией.

[1122] Такие требования действовали и до вступления EMFA в силу; они закрепляются в статье 30 AVMSD, согласно которой государства-члены ЕС гарантируют юридическую и функциональную независимость соответствующих медиарегуляторов от их правительств и иных публично-правовых или частных учреждений. Абзац 2 статьи 7 EMFA указывает, что эти требования сохраняют актуальность в отношении медиарегуляторов, участвующих в

Таким образом, в формировании EBMS участвуют *уже* формально независимые от национальных правительств институты; тем не менее в статье 9 EMFA еще раз подчеркивается независимость EBMS. Конечно, о степени фактической независимости национальных медиарегуляторов можно спорить, и материал для такой дискуссии не в последнюю очередь дает немецкий опыт[1123]; во всяком случае правильным будет говорить об ослаблении влияния на них государств-членов ЕС. Но в многоуровневой системе власти в Европе существует как минимум еще один мощный актор: вакуум влияния национальных государств может быстро заполнить Еврокомиссия, в том числе и в особенности через EBMS. Поэтому крайне важно «еще на берегу» уточнить, вправе ли Еврокомиссия, позиционируя себя в качестве надгосударственного координатора, содержательно и глубоко вмешиваться в осуществление надзора за медиа? Или же она как высший исполнительный орган власти ЕС должна подчиняться тем же требованиям, что и государства-члены?

Здесь представления о должной институциональной архитектуре европейского медиарегулирования у институтов ЕС и государств-членов, в особенности Германии, существенно расходятся. Этот конфликт нашел отражение и в законодательном процессе. Еврокомиссия, вносившая проект EMFA, однозначно исходила из позиции, что принцип независимости EBMS не следует распространять на институты ЕС; более того, она брала на себя право осуществлять надзор за EBMS и рассматривала его как подчиненное учреждение[1124]. В литературе хорошо подчеркивается скрытое здесь противоречие: с одной стороны, Еврокомиссия позиционирует себя как европейское правительство, но с другой стороны, она же выступает как независимый институт, осуществляющий надзор в медиасфере[1125]. Пытаясь сбалансировать это противоречие, Европарламент, напротив, предлагал поправки, исходя из необходимости более самостоятельной и независимой роли

применении EMFA. Немецкие независимые земельные медиарегуляторы (Landesmedienanstalten), ранее участвовавшие в ERGA, теперь будут принимать участие в EBMS и реализовывать EMFA в рамках своей компетенции.

[1123] Проблема независимости земельных медиарегуляторов связана с тем, что руководство этих органов зачастую отражает текущую партийно-политическую доминанту в соответствующем ландтаге. Например, в Баварии ландтаг в земельном законе о медиа (Bayerisches Mediengesetz, Art. 13) определяет, какие государственные, партийные и общественные организации смогут отправить своих представителей на непрофессиональной основе в высший коллегиальный управляющий орган (медиасовет) земельного медиарегулятора. См. подробнее также: Hain, K-E. Verfassungswidrige Staatsnähe: Zur Wahl des Direktors der saarländischen Landesmedienanstalt durch den Landtag, VerfBlog, 2021/7/09, https://verfassungsblog.de/verfassungswidrige-staatsnaehe/ (accessed: 01.09.2024).

[1124] **Концепция слабого EBMS** в первоначальном проекте EMFA, предложенном Еврокомиссией, хотя и подразумевала формальное указание на его независимость, фактически, однако, исходила из подчиненной экспертно-технической, а не регуляторной функции EBMS. Кроме того, экспертная активность EBMS разрешалась практически во всех случаях *только по запросу* Еврокомиссии. Без согласования Еврокомиссии EBMS не был вправе принимать руководящие принципы и заключения, что, как указывается, означает *право вето* Еврокомиссии по всем медиаполитическим вопросам союзного значения. Кроме того, Еврокомиссия собиралась осуществлять надзор за EBMS, например, при разработке им своей рабочей программы, а также обязывала EBMS отчитываться перед ней о выполнении своих функций. Секретариат EBMS, который осуществляет не только техническую, но и содержательную, в том числе научную поддержку совета, по этому плану должна была формировать только Еврокомиссия. См.: Proposal for EMFA. Op. cit; Schultz, A. Errichtung einer Europäischen Medienbehörde. Op. cit. S. 53-54.

[1125] См.: Schultz, A. Errichtung einer Europäischen Medienbehörde. Op. cit. S. 57.

EBMS, в том числе от Еврокомиссии, одновременно учитывая, чтобы в результате корректив слишком много полномочий не вернулось государствам-членам ЕС[1126].

Получившийся компромисс – финальный текст EMFA – хотя и отразил некоторые предложения Европарламента, в сущности, однако, не смог гарантировать независимость EBMS. Абстрагируясь от детального сопоставления текстов различных версий EMFA, обратим внимание лишь на три ключевых момента. *Во-первых*, EBMS так и не получил самостоятельности, право образования юридического лица и возможности сформировать независимый от Еврокомиссии секретариат, как того требовал Европарламент[1127]. *Во-вторых*, полученная EBMS возможность давать заключения по собственной инициативе существенно релятивирована сохранением параллельных полномочий у Еврокомиссии или запрашивать таковые у EBMS, или публиковать свои собственные по тем же вопросам[1128]. *В-третьих*, Еврокомиссия сохраняет свои собственные полномочия по ключевому влиянию на медиаполитику, среди которых основными являются право издавать руководящие принципы при исключительно служебной роли EBMS и участвовать во всех процессах координации национальных медиарегуляторов[1129]. По нашему мнению, недостаток вступившего в силу варианта EMFA заключается не только в том, что регламент сохранил доминирующую роль Еврокомиссии в применении регламента, но и в том, что за счёт незначительных уступок он сделал ее *латентной*. Квазинезависимый EBMS, таким образом, может предлагать ограничивающие коммуникационные свободы меры и регулирование, настаивать на которых напрямую Еврокомиссия не может по политическим или

[1126] **Концепция сильного EBMS**, предложенная Европарламентом, предполагает наделение первого более широкими полномочиями в регуляторной деятельности, в частности, правом издавать руководящие принципы. В организационном же плане EBMS следует наделить правами юридического лица, разрешить деятельность по собственной инициативе без согласования с Еврокомиссией и предоставить независимый секретариат, не связанный указаниями Еврокомиссии. В помощь EBMS Европарламент также предлагал создать постоянную экспертную группу представителей медиасферы не из аудиовизуального сектора, в том числе с привлечением национальных и европейских профессиональных объединений, для консультаций EBMS по применению EMFA в соответствующих областях. Кроме того, вероятно, преследуя и собственные институциональные интересы, Европарламент настаивал на своей большей вовлеченности в мониторинг реализации EMFA. См. подробнее: Schultz, A. Errichtung einer Europäischen Medienbehörde. Op. cit. S.54-55; Amendments adopted by the European Parliament on 3 October 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0336_EN.pdf (accessed: 01.09.2024).

[1127] См. статьи 8, 9 и 11 EMFA. Обратим внимание, что и регламент EBMS также разрабатывается под влиянием Еврокомиссии. Кроме того, в статье 9 EMFA делается оговорка о том, что принцип независимости EBMS не должен интерпретироваться как препятствующий реализации полномочий Еврокомиссии и национальных медиарегуляторов.

[1128] См., например, пункты f) и h) абзаца 1 статьи 13, абзац 4 статьи 21, абзацы 1 и 2 статьи 23 EMFA. Интересно отметить, что Еврокомиссия также может определять сроки исполнения EBMS своих запросов в соответствии с абзацем 2 статьи 13 EMFA.

[1129] См., например, пункт i) абзаца 1 статьи 13, абзац 5 статьи 14, абзац 3 статьи 15, абзац 2 статьи 16, абзац 9 статьи 18, абзац 3 статьи 22 EMFA. Собственные полномочия Еврокомиссии в рамках EMFA справедливо оцениваются в литературе как широкие. Регламент предусматривает, с одной стороны, *общие полномочия* Еврокомиссии по изданию руководящих принципов, заключений по всем вопросам (статья 16 EMFA) и осуществлению мониторинга его соблюдения (статьи 26, 27 EMFA), с другой стороны, *отдельно упоминает* право Еврокомиссии участвовать в применении медиапривилегии (статья 18 EMFA), определении критериев слияния на медиарынке (статьи 22, 23 EMFA), оценке национального медиарегулирования (статья 21 EMFA) и так далее. См. подробнее: Cappello, M. Op. cit. S. 50-51.

юридическим причинам; к слову, этот же метод применялся европейским законодателем и в DSA[1130].

Для Германии принцип независимости медиа от государства, как уже эпизодически отмечалось, имеет фундаментальное значение и вне всяких сомнений является частью конституционной идентичности страны, глубина его проработки в европейском масштабе является уникальной[1131]. В сущности, он является проявлением конституционно-правовой цели гарантирования плюрализма, пронизывающей все немецкое медиаправо[1132]. В качестве следствия из него отдельно выделяется принцип независимости медианадзора[1133]. Здесь напряжение между немецким конституционным медиаправом и европейским заметно особенно отчетливо: несмотря на не вполне убедительные попытки вывести аналогичную установку на европейском уровне[1134], следует согласиться с тем, что независимость медианадзора от институтов союза напрямую не закреплена в первичном или вторичном праве ЕС[1135]. Это противоречие послужило основанием для негативной реакции на правовой

[1130] **Особая категория «доверенных заявителей»** (trusted flaggers, vertrauenswürdige Hinweisgeber) вводится статьей 22 DSA. Это учреждения, некоммерческие организации, жалобы которых на противоправный контент должны рассматриваться онлайн-платформами «незамедлительно», поскольку они обладают особой компетенцией в его выявлении. Хотя речь не идет напрямую о содержательном преюдициальном значении таких жалоб, очевидно, что именно этот эффект и планируется достичь, вынуждая онлайн-платформы моментально на них реагировать. Особое конституционно-правовое беспокойство вызывает обстоятельство, что такие заявители задействуются и в удалении легального, но потенциально спорного контента, например, языка ненависти. Статус «доверенного заявителя» в Германии присваивается национальным координатором цифровых услуг – правительственным Федеральным сетевым агентством (Bundesnetzagentur) без четких критериев и на неопределенный срок и может быть отозван в любой момент по инициативе названного органа исполнительной власти. Немецкий общественно-политический журнал Cicero, известный конституционалистам по одноименному постановлению ФКС, критически оценил этот механизм таким образом: государственная сторона, к которой относятся государства-члены ЕС и Еврокомиссия, перекладывает на некоммерческие организации, зависимые от нее в финансовом и административном плане, полномочия по вмешательству в коммуникационные свободы, которые были бы *однозначно неконституционнными,* если бы государство осуществляло их непосредственно. Похожая ситуация происходит, на наш взгляд, и с EBMS, чей *формально* независимый статус позволяет презентовать ограничения коммуникационных свобод с экспертно-технократической, а не политической точки зрения; при этом существенное влияние на их разработку сохраняется за Еврокомиссией. См. подробнее: Gerdemann S., Spindler G. Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2). Op. cit. S.117-118; Die Meinungsfreiheit stirbt hinter schönen Fassaden. Cicero. URL: https://www.cicero.de/kultur/-der-digital-services-act-im-licht-der-verfassung (accessed: 01.09.2024).

[1131] См.: Kreißig, W. Op. cit. S.389. В этом плане в качестве контраста приводится в пример высокая степень вмешательства государства в коммуникационные процессы во Франции. В Италии, Португалии, Испании, Греции, Венгрии, Польше дела обстоят похожим образом. Даже британское общественное вещание (BBC), с нарративом об образцовой независимости которого легко можно встретиться в литературе, при ближайшем рассмотрении оказывается куда более зависимым от правительства с формально-юридической точки зрения, чем немецкое. См.: Rook, R. Der Öffentlich-Rechtliche Rundfunk in Deutschland und im Vereinigten Königreich: ein Rechtsvergleich. Wiesbaden: Springer, 2019; Unabhängigkeit und Staatsferne – nur ein Mythos? Bundeszentrale für politische Bildung. URL: https://www.bpb.de/themen/medien-journalismus/medienpolitik/172237/unabhaengigkeit-und-staatsferne-nur-ein-mythos/#node-content-title-14 (accessed: 01.09.2024).

[1132] См.: BVerfGE 136, 09 (29); Hain, KE. Verfassungswidrige Staatsnähe: Zur Wahl des Direktors der saarländischen Landesmedienanstalt durch den Landtag. Op. cit.

[1133] См.: Kreißig, W. Op. cit. S.389.

[1134] Так, из статьи 30 Директивы об аудиовизуальных медиауслугах, утверждающей независимость национальных медиарегуляторов *от влияния государств-членов ЕС*, предпринимаются попытки вывести принцип независимости медианадзора и *от институтов ЕС*. Если это и возможно сделать, то многократная опосредованность результата существенно снижает нормативную силу данного принципа по сравнению с его немецким воплощением.

[1135] См.: Schultz, A. Errichtung einer Europäischen Medienbehörde. Op. cit. S.56-57.

статус EBMS с немецкой стороны[1136]. По итогам этих жалоб можно поддержать весьма однозначный вывод: в текущем виде институциональная концепция EBMS не соответствует коммуникационным свободам Основного закона ФРГ.

8. Стоит уделить более пристальное внимание предмету деятельности EBMS. Если два из трех выделяемых типов его задач связаны, во-первых, с поддержкой Еврокомиссии при разработке руководящих принципов и, во-вторых, дачей собственных рекомендательных заключений в рамках уже рассмотренных нами тематических блоков, то участие этого института в деятельности по координации национальных медиарегуляторов заслуживает отдельного рассмотрения. Здесь наряду с ординарными видами взаимодействия и обмена опытом[1137] встречается и весьма необычная задача – координация санкционных мер в отношении медиа, ведущих деятельность вне ЕС, но достигающих или направленных на союзную аудиторию, если таковые наносят ущерб общественной безопасности или создают для этого потенциальную угрозу[1138].

В литературе введение этого механизма напрямую связывается с якобы проводимой Россией в Европе дезинформационной кампанией[1139], хотя преамбула EMFA указывает на более абстрактную опасность дестабилизации извне[1140]. На наш взгляд, этот шаг европейского законодателя следует оценивать в качестве дальнейшего правового оформления механизма ограничения свободы информации европейских граждан. Еще до принятия EMFA на уровне ЕС последовал всеобъемлющий запрет на российские медиа в рамках общего пакета санкций[1141], который в немецкой академической среде справедливо оценивался как *незаконный*, ведь ЕС, как уже неоднократно указывалось, не обладает достаточной компетенцией в сфере медиарегулирования, а использование для введения

[1136] **На несовместимость зависимого EBMS с конституционным правом ФРГ указывали Бундестаг, Бундесрат и земельные медиарегуляторы**. См.: Deutscher Bundestag. Antrag der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP 20/4682 vom 29.11.2022. Op. cit; Beschluss des Bundesrates 514/22 vom 25.11.2022. Op. cit; European Media Freedom Act (EMFA). Positionspapier der Medienanstalten zu den Trilogverhandlungen. Berlin, 07.11.2023. Op. cit; Positionspapier der Medienanstalten zum Verordnungsvorschlag der EU-Kommission. Berlin, 13.12.2022. Op. cit.

[1137] См. статью 17 (обмен опытом), статью 14 (структурированная кооперация) и статью 15 (специальная кооперация для обеспечения выполнения обязательств видеоплатформами) EMFA.

[1138] Так, в соответствии со статьей 17 EMFA по запросу медиарегуляторов двух или более государств-членов ЕС EBMS при поддержке Еврокомиссии вправе давать заключения относительно применения санкционных мер против названных субъектов. Государства-члены ЕС должны сделать «все возможное», чтобы выполнить такое заключение. Очень важно, что EBMS может не только рассматривать конкретные кейсы, но и вправе издавать на основе консультаций с Еврокомиссией *списки абстрактных критериев,* согласно которым национальные медиарегуляторы должны действовать в отношении поставщиков медиауслуг из-за пределов ЕС. Пункт преамбулы 49 EMFA дает пояснение, что такие критерии будут служить ориентиром для государств-членов ЕС при решении вопроса о допуске поставщиков медиауслуг из третьих стран к деятельности на территории союза: так, следует учитывать структуру собственности и финансирования, управление медиапредприятием, редакционную независимость от третьих стран и соблюдение механизмов саморегулирования в рамках журналистской добросовестности. См.: Cappello, M. Op. cit. S. 55-56.

[1139] Ibid.

[1140] См. пункт преамбулы 47 EMFA.

[1141] См.: Consolidated text: Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:32014R0833 (accessed: 01.09.2024) (далее – Регламент ЕС 833/2014). Art. 2f.

ограничений подобного рода внешнеэкономических полномочий согласно статьям 29 TEU и 215 TFEU является явным злоупотреблением, что доказывает, как минимум, эксплицитное упоминание в преамбуле одного из санкционных регламентов политической цели запрета – так называемого «противодействия международной кампании медиаманипуляции и фальсификации фактов»[1142]. Более того, санкции ЕС направлены не столько против России, сколько *вовнутрь ЕС* – против коммуникационных свобод европейских граждан и компаний[1143]. Изоляция от информации извне усиливает антидемократические тенденции и централизацию внутри ЕС.

Представляется, что институты ЕС отдавали себе отчет в конституционно-правовой спорности применения механизма экономических санкций для ограничения коммуникационных свобод, поэтому была предпринята попытка «трансформировать» его в процесс по статье 17 EMFA. Подтверждают эту гипотезу не только дискуссии в литературе[1144], но и преамбула EMFA, в которой европейский законодатель делает оговорку об автономности нового механизма от статьи 215 TFEU, не затрагивая, однако, право ЕС принимать меры против медиакомпаний в рамках внешнеэкономической политики[1145]. Оптимисты же исходили из того, что механизм по статье 17 EMFA придет на смену старому и будет координироваться независимым органом, но их надежды не оправдались: в итоге сохраняется два процесса, да и независимость EBMS, как мы уже указывали, весьма призрачна.

Был и еще один недостаток санкционного механизма, который европейский законодатель стремился исправить введением процедуры статьи 17 EMFA. Дело в том, что в европейской практике существуют два пути блокирования поступающей из-за рубежа

[1142] См. пункты преамбулы 6, 7 и 8 регламента EC Council Regulation (EU) 2022/350 of 1 March 2022 amending Regulation (EU) No 833/2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R0350 (accessed: 01.09.2024). Общий ход размышлений и цитата преамбулы по: Schulz, W. Informationsfreiheit im Ausnahmezustand. LTO. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/russia-today-verbot-der-eu-zulaessig-oder-nicht-kompetenzueberschreitung (accessed: 01.09.2024). *Автор настоящей работы не согласен с высказываниями в статье.

[1143] Так, **абзац 1 статьи 2f** названного регламента запрещает в первую очередь *операторам связи и другим третьим лицам внутри ЕС* обеспечивать, облегчать или иными способами способствовать распространению информации, произведенной перечисленными в приложении к регламенту российскими медиа (среди них, например, Russia Today, Первый канал, Россия 1, РИА Новости и другие). В литературе отмечается, что данные формулировки настолько неопределенные, что на их основе может мыслиться обязывание операторов связи осуществлять непрерывный мониторинг даже частной коммуникации. Очевидно, что норма не направлена на экономические санкции, а является скрытым и недопустимым вмешательством в свободу информации Основного закона. **Абзац 2 статьи 2f** отменяет вещательные лицензии и иные разрешения на трансляцию российских медиа. Но медиарегулирование в ЕС, как отмечалось, осуществляется государствами-членами, а вещательные лицензии выдаются независимыми медиарегуляторами, поэтому и это предписание является нарушением Договоров ЕС. См.: Schulz, W. Informationsfreiheit im Ausnahmezustand. Op. cit; Ferreau, F. Das Vorgehen gegen russischen Staatsrundfunk auf nationaler und unionaler Ebene // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2022. №7. S.512. *Автор настоящей работы не согласен с высказываниями в статьях.

[1144] См.: Schulz, W. Informationsfreiheit im Ausnahmezustand. Op. cit.

[1145] См. пункт преамбулы 48 EMFA.

общественно-значимой информации: *содержательный и структурный*[1146]. Если санкционный процесс в рамках статьи 215 TFEU отражает наиболее спорный с конституционно-правовой точки зрения содержательный подход, то механизм статьи 17 EMFA скорее является гибридным, поскольку он включает элементы и содержательного, и структурного путей. Немецкое же право следует менее агрессивному структурному подходу[1147]; в этом смысле *формально-юридически* европейский законодатель навязывает ФРГ более низкий стандарт защиты коммуникационных свобод. *Фактически* же подходы отличаются только юридическими тонкостями, но едины по цели: не допустить распространение альтернативной мэйнстриму общественно-значимой информации.

Несмотря на частое упоминание российского контекста, неверно было бы полагать, что данные ограничительные меры направлены *только* или *в первую очередь* против России. Если учитывать, что механизм по статье 17 EMFA задумывался, очевидно, в качестве медиаспецифического дополнения к обязывающим крупные онлайн-платформы и поисковые машины более жестким предписаниям DSA по контролю за общественной дискуссией[1148], а первый значимый процесс в рамках этого акта направлен против американской компании *X*[1149], очень вероятно, что и EMFA будет применяться для ограничения влияния в Европе в первую очередь американских медиа; по политическим причинам институты ЕС, однако, (пока) не могут открыто декларировать эту цель.

Наконец, заслуживает внимания еще один аспект координационной деятельности EBMS, связанный с расширением ее предмета на сферу прессы; в то же время в Германии пресса исторически является областью саморегулирования и не подлежит надзору со стороны земельных медиарегуляторов, чьи полномочия распространяются только на вещание и онлайн-медиа определенного типа. Вместо них журналистские стандарты обеспечивает крупная лоббистская организация издателей и журналистов печатных медиа – *Совет прессы* (Deutscher Presserat). В этой связи в литературе справедливо выражаются

[1146] **Содержательный подход** предполагает недопуск медиа за их якобы «пропагандистский контент». Политическая ангажированность этого пути заключается в том, что государства-члены ЕС или Совет Европейского союза вынуждены напрямую квалифицировать, например, вещательную программу медиа в качестве «пропаганды». Поскольку термин «пропаганда» не является правовым, для обоснования запрета приходится использовать не вполне подходящие конструкции журналистской добросовестности и запрета призыва к насилию или ненависти. Примером применения такого подхода на практике является упомянутый Регламент ЕС 833/2014. **Структурный подход** предполагает не запрет конкретного медиа, а закрепление не связанного с оценкой контента принципа независимости медиа от государства, согласно которому на рынок не допускаются медиа, которые находятся в зависимости в том числе и от иностранного государства. По такому пути идет ФРГ; к нему же приближается механизм в рамках статьи 17 EMFA, особенно, если обратить внимание на перечисленные в пункте 49 преамбулы EMFA критерии, которые обсуждались выше. См.: Ferreau, F. Op. cit. S.505-506, 510.

[1147] См. предложение 3 абзаца 3 §53 MStV.

[1148] О противодействии системным рискам в рамках DSA см. подраздел 5 настоящего параграфа.

[1149] См.: Commission opens formal proceedings against X under the Digital Services Act. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_6709 (accessed: 01.09.2024)

опасения, что историческая роль Совета прессы будет подавлена деятельностью подконтрольного Еврокомиссии EBMS[1150].

Опасения кажутся обоснованными, *во-первых*, потому что Европарламенту так и не удалось *системно* включить Совет прессы в архитектуру европейского медианадзора[1151], *во-вторых*, поскольку предусмотренный финальным текстом EMFA консультационный механизм в рамках статьи 12 не содержит гарантий учета его мнения, и, *в-третьих*, так как европейский законодатель официально оценивает различающиеся в государствах-членах ЕС стандарты саморегулирования в области прессы как негативное явление, подлежащее устранению[1152]. Вряд ли демонтаж системы саморегулирования с участием крупных игроков рынка прессы входит в планы Еврокомиссии в краткосрочной перспективе, однако, *переформатирование* этой системы в соответствии с политическими требованиями институтов ЕС вполне возможно. Как справедливо отмечается, с конституционно-правовой точки зрения подобная «перестройка» должна квалифицироваться в качестве нарушения абзаца 4 статьи 167 TFEU, поскольку Совет прессы, безусловно, является культурной особенностью ФРГ и одной из несущих опор ее коммуникационного порядка[1153].

9. Подводя итог анализа EMFA, следует согласиться с оценками немецких и европейских экспертов: регламент однозначно знаменует *«начало новой эры европейского медиарегулирования»*[1154]. В отсутствие наработанной практики сложно сказать, каким будет этот новый мир в деталях. Однако, уже сейчас ясно, что старый, сформированный в послевоенные годы в условиях ограниченного суверенитета немецкий коммуникационный порядок едва ли будет с ним совместим. При всех недостатках их конституционно-судебной интерпретации, коммуникационные свободы Основного закона гарантировали процесс массовой и индивидуальной коммуникации в мирное время. Сегодня этот порядок разрушается как в результате действий институтов ЕС, так и изнутри самой Германии. EMFA является лучшей иллюстрацией того, что мы выше стремились показать на основе анализа программных документов ЕС по обороне демократии: *воинствующая демократия трансформирует послевоенный коммуникационный порядок Европы в предвоенный.*

Очевидно, вдохновленный ценностной идеологией, концепцией функционализации основных прав и служащей свободы вещания в исполнении ФКС, европейский законодатель превзошел своего учителя. Функционализация коммуникационных свобод в целях

[1150] См.: Schultz, A. Errichtung einer Europäischen Medienbehörde. Op. cit. S. 59-60.

[1151] См., например, статью 11a как предлагаемую Европарламентом поправку к EMFA. Данная поправка не вошла в итоговый проект EMFA. См.: Amendments adopted by the European Parliament on 3 October 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU. Op. cit.

[1152] См. пункт преамбулы 5 EMFA.

[1153] См.: Schultz, A. Errichtung einer Europäischen Medienbehörde. Op. cit. S. 60-61.

[1154] См.: Cappello, M. Op. cit. S. 57-58.

гарантирования плюрализма приобретает здесь совершенно иную динамику и глубину, ведь ее главным драйвером становится орган *исполнительной* власти – Еврокомиссия, амбициям которой уступает самый спорный конституционный судебный активизм на национальном уровне. Как и в случае с DSA, хорошо заметна интенция EMFA на информационную мобилизацию, централизацию и, наконец, *введение чрезвычайного положения в коммуникационной сфере*. Кажется, что импульс для этой динамики идет изнутри многоуровневой системы власти в Европе, а ссылки на внешние причины носят глубоко вторичный характер.

Но смогут ли удержать институты ЕС сконцентрированные полномочия по управлению общественным мнением и как долго? Немецкие политические и конституционно-правовые события допускают амбивалентность: с одной стороны, как было показано, среди населения, в профессиональном сообществе журналистов, в академической среде и в органах власти нарастает недовольство политическим проектом официального Брюсселя, в особенности в коммуникационной сфере. Его расхождение с идеями Основного закона становится все более явным. С другой стороны, остается неясным, будут ли допущены эти критические голоса к принятию решений. Позиция ФКС по делу Европейского центрального банка показывает, что у Германии остаются эффективные инструменты для противодействия незаконным действиям ЕС. Обстоятельство, что они могут быть активированы в любой момент, лишь подчеркивает *временный, компромиссный характер EMFA.* В текущем виде он не удовлетворяет никого.

Отсюда возможны два базовых сценария. *Во-первых*, если соотношение политических сил будет в пользу ЕС, регламент может быть переработан европейским законодателем или реинтерпретирован Люксембургским судом в сторону ужесточения[1155]. Этот вариант актуален в долгосрочной перспективе при продолжающемся размытии суверенитета государств-членов ЕС или в случае крупного кризиса. *Во-вторых,* институты ЕС, оценивая политическую обстановку как менее благоприятную, будут использовать не весь потенциал EMFA, проистекающий из его правовой неопределенности, а стремиться плавно, шаг за шагом получать контроль над европейской публичной сферой. Успех ЕС в рамках этого сценария будет зависеть от фактора времени: успеют ли европейские институты с помощью плавной гармонизации коммуникационной сферы достичь своих целей, учитывая центробежную динамику в некоторых государствах-членах? Ответить на этот вопрос в рамках настоящей работы затруднительно. Все же поспешность, с которой были приняты DSA, EMFA и ряд других актов вторичного права по коммуникационной проблематике, подсказывает, что времени у Европейского союза остается не так много.

[1155] См. в этом направлении: Cappello, M. Op. cit. S. 58.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В проведенном исследовании удалось в деталях проанализировать и критически оценить неочевидные конституционно-правовые закономерности конфликтного взаимодействия между ориентированными на плюралистическую цель коммуникационными свободами Основного закона и детерминированной стремлением к власти коммуникационной политикой. Сделать их видимыми и проблематизировать позволила избранная методологическая оптика. Ее суть заключается в том, что *конституционно-правовые измерения плюрализма в сфере коммуникации невозможно продуктивно изучать на основе методологического плюрализма*. В ином случае исследование неизбежно столкнется с непреодолимой эклектикой и парадоксами, характерными для постмодернистской эпохи, но для классической науки все еще остающимися симптомами интеллектуальной работы, проведенной недостаточно качественно. Поскольку наибольшее значение организация коммуникационной сферы приобретает для власти, именно конституционное право должно стать междисциплинарным фундаментом для проведения исследований по коммуникационной проблематике в реалистической методологической парадигме, способной упорядочить все остальные подходы к правопониманию и смежные научные результаты без ущерба для формально-догматического метода. Действительно, рассмотрение заявленной проблематики с такой перспективы подобно лезвию Оккама отсекает множество лишних и внутренне противоречивых концепций.

Одна из них – идея о необходимости полного подчинения коммуникационной политики конституционному праву. Ее противоречие нашему подходу хорошо объясняет, почему последний хотя и применяется другими исследователями, но не является широко распространенным в Европе и Германии. Сегодняшняя идеология европейского и немецкого конституционализма, не в последнюю очередь используя для этого академические средства, стремится деполитизировать и сделать нейтральной саму себя, постепенно освобождаясь и от ограничений правовой формы. Иными словами, если в прошлом веке государствоведы Германии полемизировали, что *немецкое государственное право осталось без государства* (Staatsrecht ohne Staat), то с переходом к конституционализму в его актуальной западной интерпретации уже *конституционное право рискует остаться без права*. Распространяясь на всю глубину общественных отношений в сфере коммуникации, конституционное право теряет регулирующую силу и превращается в идеологию, начиная оказывать на власть не сдерживающий, а прямо противоположный эффект. Настоящая работа, показывая действительное соотношение политизации и нормативного значения конституционно-

правового регулирования массовой и индивидуальной коммуникации, стремится сохранить право как автономную от политики социальную подсистему.

Одним из мощных драйверов политизации конституционного права является его освобождение от единой логики. Этому способствует плюрализация догматики – *смешение мышления от государства и от конституции*, нейтрализующее сдерживающий эффект доктрины и порождающее конституционно-судебный позитивизм, близкий к децизионизму: взвешивание противоречивых принципов-ценностей позволяет интерпретатору отдалиться от текста, обеспечивавшего иерархию правопорядка, и полностью погрузиться в казуистику, в то время как лишенная единого смыслового стержня государственно-правовая наука оказывается вынужденной комментировать эти отдельные противоречивые решения, используя общефилософскую аргументацию. Особо тяжелые последствия этой динамики проявляются в плюралистической демократии, где конституционное право призвано гарантировать незыблемость консенсусного сектора – набора базовых правил игры, недоступных для сиюминутной политической борьбы. Активная конституционализация, прежде всего, обеспечиваемая за счет широкой интерпретации основных прав и поддерживаемая различными общественными группами в силу собственных интересов, с одной стороны, способствует постоянному пересмотру указанного консенсусного сектора, и, с другой стороны, ведет к сужению доступной для политической борьбы конкурентной области демократии и исчезновению пространства для индивидуальной свободы в ходе взаимного обобществления государства и огосударствления общества.

Конституционно-правовое оформление немецкого коммуникационного порядка и его лейтмотив – гарантирование плюрализма в сфере коммуникации – являются следствиями очерченных трансформаций. Симптоматична неопределенность категории медиаплюрализм и множество ее противоречивых измерений, образующих неисчерпаемый источник для политического переоформления публичной сферы. Применение концепции функционализации позволяет проследить характерный для Германии перенос коммуникационной политики на уровень основных прав посредством их наполнения объективно-правовым содержанием. В результате становится хорошо заметным существенное ослабление коммуникационных свобод как индивидуально-субъективных гарантий, направленных на обеспечение государственного невмешательства, а в отдельных случаях – их превращение в обязанности. Особенно спорной является конструкция служащей свободы вещания, направленная на обеспечение монопольного положения института общественного вещания в коммуникационной сфере.

В многоуровневой системе европейской власти ослабление коммуникационных свобод как индивидуально-субъективных гарантий осуществляется по тому же сценарию, что и в Германии, но в последние годы приобретает более драматический характер. Этому

способствует, с одной стороны, использование предельно размытых ценностных, правочеловеческих и компетенционных категорий как в рамках Совета Европы, так и в праве Европейского союза. С другой стороны, функционализация коммуникационных свобод на европейском уровне осуществляется главным образом под эгидой Еврокомиссии – органа исполнительной власти, а не конституционного суда, что существенно увеличивает ограничительный потенциал вводимых мер. Анализ релевантного для гарантирования плюрализма вторичного права ЕС убедительно показывает его несовместимость с Основным законом. На этом фоне особое значение приобретает проблематика конкуренции за осуществление компетенции по гарантированию плюрализма, ведущей к кратному увеличению ограничительного давления на коммуникационные свободы.

Приведение немецкого коммуникационного порядка в соответствие с Основным законом возможно только при устранении фактических предпосылок дефицита суверенитета ФРГ и в условиях сохранения дуализма государства и общества. Коммуникационные основные права следует понимать только как индивидуально-субъективные гарантии, но при этом федеральный законодатель должен иметь широкую дискрецию по оформлению коммуникационного порядка в целях позитивного восполнения коммуникационной свободы. Таким образом, коммуникационная политика и коммуникационные свободы должны оставаться отделенными друг от друга, что позволит личности, обществу и государству обрести дееспособность в коммуникационной сфере.

Представленное исследование открывает значительные перспективы дальнейшего научного поиска в рамках предложенной парадигмы по двум базовым направлениям. Во-первых, продолжающаяся динамичная трансформация немецкого коммуникационного порядка в направлении введения чрезвычайного положения в коммуникационной сфере нуждается в качественном внешнем наблюдении и фиксации результатов; с конституционно-правовой точки зрения вызывают интерес правоприменительная практика в связи с ужесточением существующих и появлением новых уголовных составов, вступающих в противоречие со свободой выражения мнения, а также текущая реформа общественного вещания – весьма вероятно, что вопросом о ее соответствии Основному закону вскоре будет заниматься ФКС, вынужденный корректировать свои предшествующие позиции. Во-вторых, не менее динамично в ограничительную сторону двигается и европейский коммуникационный порядок; интерес конституционалистов здесь должен фокусироваться не только на мониторинге по приведенным в работе проблемным пунктам, в особенности, в контексте исполнения Европейского акта о свободе медиа, но и на новых явлениях – например, санкционировании ЕС собственных граждан за выраженное ими мнение.

Кроме того, нет существенных препятствий для использования выработанной парадигмы для анализа коммуникационных порядков других стран, в особенности –

государств-членов ЕС, в отношении которых в настоящем исследовании уже имеется определенная универсальная база знаний по коммуникационной проблематике. Более сложным, но и более значимым для прироста нового знания может быть исследование в предложенной парадигме коммуникационных порядков США и Великобритании. В этом контексте в работе уже были поставлены интересные исследовательские вопросы: например, обусловлена ли преимущественно либеральная интерпретация коммуникационных свобод в США их значимой ролью в мировой политике и финансах? Если да, то как будет изменяться регулирование американского коммуникационного порядка с ослаблением политической и экономической мощи США? Интересны и тонкости регулирования массовой и индивидуальной коммуникации в Великобритании: так, институт немецкого общественного вещания был оформлен по британскому подобию, но при гораздо большем отдалении от государства, чем BBC; детальное сравнение этих институтов может многое рассказать об отличиях в архитектуре дискурсивной власти двух стран. Вне национальной привязки важнейшим исследовательским вопросом является релевантная с конституционно-правовой точки зрения деятельность информационных агентств, неслучайно выпадавшая из поля зрения многих ученых, ориентированных на нормативный подход в исследованиях коммуникации.

Наконец, какие результаты проведенное исследование может дать для России? Во-первых, на примерах из коммуникационной сферы оно показывает несколько преувеличенную ценность *сегодняшнего* конституционно-правового европейского интеллектуального продукта и позволяет сэкономить на его изучении время, а на имплементации – общественные ресурсы. Значение европейской и немецкой правовой культуры для всего мира трудно переоценить, но то, что предлагается сегодня мейнстримовой академической наукой на экспорт, весьма убедительно дискредитировано масштабными ограничениями свободной коммуникации последних лет (например, экспансивная конституционализация, ценностный дискурс, принцип соразмерности, наполнение основных прав объективно-правовым содержанием, конституционно-судебный активизм, гарантирование медиаплюрализма и прочее). При этом блестящие немецкие и европейские научные работы по конституционному праву, в том числе из прошлых исторических эпох, зачастую остаются скрытыми от российских исследователей; на их поиске и введении в научный оборот и должны сосредоточиться наши конституционалисты, посильный вклад в это дело вносит и настоящая работа.

Во-вторых, проведенный анализ немецкого и европейского опыта по управлению коммуникацией дает *представление о важнейшем политическом значении конституционно-правового оформления коммуникационного порядка* и побуждает российских ученых к продвижению автономного направления для исследований – *конституционного медиаправа*.

При этом совершенно необязательно, чтобы организация коммуникационной сферы принимала измерение прав человека. Скорее, речь идет о выработке долгосрочной концепции коммуникационного порядка как проявления демократического принципа, которая позволит отказаться от принятия ситуативных, зачастую спорных решений по ограничению коммуникационных свобод.

В-третьих, проведенное исследование дает России убедительные аргументы для участия в международной дискуссии о проблемах, связанных с реализацией коммуникационных свобод в Германии и ЕС. В последнее время все больше государств, мировых лидеров, организаций и общественных деятелей обращают внимание на существенные проблемы со свободой коммуникации в Европе. Неслучайно, что в работе мы уделили много внимания анализу нарушающим Договоры ЕС и Основной закон санкциям против России, направленным на изоляцию европейских граждан от общественно-значимой информации; многое указывает на то, что похожий механизм может быть использован для блокировки в ЕС информационных источников из других стран.

С сожалением следует заметить, что в последнее время международный научный обмен ослабевает, а поступление актуальной научной информации из Германии и Европы существенно затрудняется. В этих условиях падение интереса к такого рода исследованиям является предсказуемым, но неоправданным. Долгое время немецкий и европейский опыт массово воспринимался в российской академической среде с некритичным оптимизмом, лишь в последние годы этот тренд стал незначительно изменяться. Крайне важно, чтобы конституционно-правовые исследования зарубежных стран не были прекращены, а продолжились в реалистической парадигме.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

I. Правовые источники

Нормативные акты Федеративной Республики Германия

1. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. März 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 94) geändert worden ist.
2. Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 440) geändert worden ist.
3. Deutsche-Welle-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 90), das zuletzt durch Artikel 15 des Gesetzes vom 6. Mai 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 149) geändert worden ist.
4. Digitale-Dienste-Gesetz vom 6. Mai 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 149).
5. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 5. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 400) geändert worden ist.
6. Informationsfreiheitsgesetz vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), das zuletzt durch Artikel 44 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist.
7. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 7. November 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 351) geändert worden ist.
8. Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 163) geändert worden ist.
9. Telekommunikationsgesetz vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. Juli 2025 (BGBl. 2025 I Nr. 181) geändert worden ist.
10. Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 28 des Gesetzes vom 23. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 323) geändert worden ist.
11. ARD-Staatsvertrag (ARD-StV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juli 2001 (GVBl. S. 547, 548, BayRS 02-18-S), der zuletzt durch Art. 2 des Abkommens vom 18. Dezember 2008 (GVBl. 2009 S. 193, 253; 2012 S. 61) geändert worden ist.
12. Deutschlandradio-Staatsvertrag (DLR-StV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juli 2001 (GVBl. S. 529, 530, BayRS 02-17-S), der zuletzt durch Art. 3 des Vertrages vom 16. Mai 2023 (GVBl. S. 534) geändert worden ist.
13. Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) vom 13. September 2002 (GVBl. 2003 S. 147, BayRS 02-21-S), der zuletzt durch Art. 2 des Vertrages vom 27. Februar 2024 (GVBl. S. 326) geändert worden ist.
14. Medienstaatsvertrag (MStV) vom 23. April 2020 (GVBl. S. 450, 451, 2021 S. 14, BayRS 02-33-S), der zuletzt durch Art. 1 des Vertrages vom 27. Februar 2024 (GVBl. S. 326) geändert worden ist.

15. Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (RFinStV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juli 2001 (GVBl. S. 566, 567, BayRS 02-20-S), der zuletzt durch Art. 1 des Vertrages vom 16. Juni 2020 (GVBl. S. 602) geändert worden ist.
16. ZDF-Staatsvertrag (ZDF-StV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juli 2001 (GVBl. S. 551, 552; BayRS 02-19-S), der zuletzt durch Art. 1 des Vertrages vom 16. Mai 2023 (GVBl. S. 534) geändert worden ist.
17. Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1998 (GVBl. S. 991, 992, BayRS 100-1-I), die zuletzt durch Gesetze vom 11. November 2013 (GVBl. S. 638, 639, 640, 641, 642) geändert worden ist.
18. Bayerisches Mediengesetz (BayMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2003 (GVBl. S. 799, BayRS 2251-4-S), das zuletzt durch die §§ 1 und 2 des Gesetzes vom 9. Dezember 2024 (GVBl. S. 584) geändert worden ist.
19. Bayerisches Pressegesetz (BayPrG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 2000 (GVBl. S. 340, BayRS 2250-1-I), das zuletzt durch § 1 Abs. 256 der Verordnung vom 26. März 2019 (GVBl. S. 98) geändert worden ist;
20. Bayerisches Rundfunkgesetz (BayRG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2003 (GVBl. S. 792, BayRS 2251-1-S), das zuletzt durch Gesetz vom 24. Juli 2023 (GVBl. S. 448) geändert worden ist.
21. Berliner Pressegesetz vom 15. Juni 1965, das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 27.09.2021 (GVBl. S. 1117) geändert worden ist.
22. Gesetz über den Hessischen Rundfunk vom 2. Oktober 1948, das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. November 2022 (GVBl. S. 606) geändert worden ist.
23. Gesetz über die Presse vom 16. März 1965 (Brem.GBl. S. 63), das zuletzt durch Art. 2 G zur Regelung des Bibliothekswesens im Land Bremen vom 28.3.2023 (Brem.GBl. S. 305) geändert worden ist.
24. Hamburgisches Pressegesetz vom 29. Januar 1965, das zuletzt durch Gesetz vom 18. Mai 2018 (HmbGVBl. S. 184) geändert worden ist.
25. Außenwirtschaftsverordnung vom 2. August 2013, zuletzt geändert durch Art. 121. ÄndVO vom 17.7.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 243).
26. Erlass über die Bundeszentrale für politische Bildung (BpB) vom 24. Januar 2001. GMBl 2001, S. 270.

Международные документы

27. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (The European Convention on Human Rights), as amended by Protocols Nos. 11 and 14 Supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16 (2020).
28. Consolidated versions of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). OJ C 202, 7.6.2016, P. 1-199.
29. Charter of Fundamental Rights of the European Union. OJ C 202, 7.6.2016, P. 389-405.

30. Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts – Protocol annexed to the Treaty of the European Community – Protocol on the system of public broadcasting in the Member States. Official Journal C 340, 10/11/1997 P. 0109.
31. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). OJ L 119/1, 04.05.2016. P. 1-88.
32. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) OJ L 265/1, 12.10.2022. P. 1-66.
33. Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). OJ L 277/1, 27.10.2022. P. 1-102.
34. Regulation (EU) 2024/1083 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 establishing a common framework for media services in the internal market and amending Directive 2010/13/EU (European Media Freedom Act). OJ L, 17.04.2024.
35. Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). OJ L 024, 29.01.2004. P. 1-22.
36. Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine. OJ L 229/1, 31.07.2014. P. 1-11.
37. Council Regulation (EU) 2022/350 of 1 March 2022 amending Regulation (EU) No 833/2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine. OJ L 65/1, 02.03.2022. P. 1-4.
38. Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities. OJ L 303/69. 28.11.2018. P. 69-92.
39. Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code. OJ L 321/36, 17.12.2018. P. 36-214.
40. Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law. OJ L 305/17. 26.11.2019. P. 17-56.
41. Directive (EU) 2024/1069 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 on protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded claims or abusive court proceedings (‘Strategic lawsuits against public participation’). OJ L, 16.04.2024. P. 1-14.

42. Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) (codified version). OJ L 095 15.04.2010. P. 1-24.
43. Commission Recommendation (EU) 2022/1634 of 16 September 2022 on internal safeguards for editorial independence and ownership transparency in the media sector. OJ L 245/56, 22.09.2022. P. 56-65.
44. Recommendation CM/Rec(2022)16 of the Committee of Ministers to member States on combating hate speech (Adopted by the Committee of Ministers on 20 May 2022 at the 132nd Session of the Committee of Ministers) // URL: https://search.coe.int/cm?i=0900001680a67955 (accessed: 01.09.2024).
45. Recommendation CM/Rec(2024)4 of the Committee of Ministers to member States on combating hate crime (Adopted by the Committee of Ministers on 7 May 2024 at the 1498th meeting of the Ministers' Deputies) // URL: https://search.coe.int/cm?i=0900001680af9736 (accessed: 01.09.2024).
46. Recommendation No. R(99)1 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote media pluralism (Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 1999 at the 656th meeting of the Ministers' Deputies) // Recommendations and declarations of the Committee of Ministers of the Council of Europe in the field of media and information society. Strasbourg, 2016. P. 82-85.
47. Рекомендация №CM/REC(2007)2 Комитета министров Совета Европы государствам-участникам «О плюрализме в средствах массовой информации и разнообразии медиаконтента» // Рекомендации Комитета Министров Совета Европы в европейском правовом пространстве. Ред. Н.С. Степанов, пер. с англ. И. В. Артамонова. М.: Развитие правовых систем, 2021. С. 362-376.
48. Рекомендация №CM/REC(2018)1 Комитета министров Совета Европы государствам-участникам «О плюрализме средств массовой информации и транспарентности собственности на средства массовой информации» // Там же. С. 1154-1181.

Решения немецких судов

49. BVerfGE 4, 7 – Investitionshilfe.
50. BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot.
51. BVerfGE 6, 32 – Elfes.
52. BVerfGE 6, 84 – Sperrklausel.
53. BVerfGE 7, 198 – Lüth.
54. BVerfGE 8, 104 – Volksbefragung.
55. BVerfGE 12, 113 – Schmid-Spiegel.
56. BVerfGE 12, 205 – 1. Rundfunkentscheidung.
57. BVerfGE 12, 296 – Parteienprivileg.
58. BVerfGE 20, 56 – Parteienfinanzierung I.
59. BVerfGE 20, 162 – Spiegel.

60. BVerfGE 22, 180 – Jugendhilfe.
61. BVerfGE 27, 71 – Leipziger Volkszeitung.
62. BVerfGE 35, 79 – Hochschul-Urteil.
63. BVerfGE 35, 202 – Lebach.
64. BVerfGE 37, 271 – Solange I.
65. BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I.
66. BVerfGE 42, 143 – Deutschland-Magazin.
67. BVerfGE 44, 125 – Öffentlichkeitsarbeit.
68. BVerfGE 49, 148 – Ermessen bei Revisionsannahme.
69. BVerfGE 52, 283 – Tendenzbetrieb.
70. BVerfGE 54, 129 – Kunstkritik.
71. BVerfGE 54, 148 – Eppler.
72. BVerfGE 54, 208 – Böll.
73. BVerfGE 57, 295 – 3. Rundfunkentscheidung.
74. BVerfGE 61, 1 – Wahlkampf/'CSU : NPD Europas'.
75. BVerfGE 66, 116 – Springer/Wallraff.
76. BVerfGE 69, 1 – Kriegsdienstverweigerung II.
77. BVerfGE 69, 315 – Brokdorf.
78. BVerfGE 73, 118 – 4. Rundfunkentscheidung.
79. BVerfGE 73, 339 – Solange II.
80. BVerfGE 74, 297 – 5. Rundfunkentscheidung.
81. BVerfGE 74, 358 – Unschuldsvermutung.
82. BVerfGE 83, 238 – 6. Rundfunkentscheidung.
83. BVerfGE 85, 1 – Bayer-Aktionäre.
84. BVerfGE 87, 181 – 7. Rundfunkentscheidung.
85. BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II.
86. BVerfGE 89, 155 – Maastricht.
87. BVerfGE 90, 27 – Parabolantenne I.
88. BVerfGE 90, 60 – 8. Rundfunkentscheidung.
89. BVerfGE 92, 203 – EG-Fernsehrichtlinie.
90. BVerfGE 96, 56 – Vaterschaftsauskunft.
91. BVerfGE 103, 44 – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II.
92. BVerfGE 103, 111 – Wahlprüfung Hessen.
93. BVerfGE 109, 279 – Großer Lauschangriff.
94. BVerfGE 112, 1 – Bodenreform III.
95. BVerfGE 117, 244 – CICERO.
96. BVerfGE 119, 181 – Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag.
97. BVerfGE 119, 309 – Gerichtsfernsehen.
98. BVerfGE 120, 180 – Caroline von Monaco III.
99. BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchungen.
100. BVerfGE 121, 1 – Vorratsdatenspeicherung.
101. BVerfGE 122, 248 – Rügeverkümmerung.

102. BVerfGE 123, 267 – Lissabon.
103. BVerfGE 124, 300 – Rudolf Heß Gedenkfeier.
104. BVerfGE 128, 326 – EGMR Sicherungsverwahrung.
105. BVerfGE 135, 155 – Filmförderungsgesetz.
106. BVerfGE 136, 09 – Aufsichtsgremien Rundfunkanstalten.
107. BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren.
108. BVerfGE 145, 365 – Amtliche Dokumente im Privatbesitz.
109. BVerfGE 149, 222 – Rundfunkbeitrag.
110. BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I.
111. BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II.
112. BVerfGE 154, 17 – PSPP-Programm der EZB.
113. BVerfGE 158, 389 – Staatsvertrag Rundfunkfinanzierung.
114. BVerfGE 159, 223 – Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen.
115. BVerfGE 159, 355 – Schulschließungen.
116. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 26. August 2003 - 1 BvR 2243/02.
117. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 2009 - 1 BvR 134/03.
118. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 1094/19.
119. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21. März 2022 - 1 BvR 2650/19.
120. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. April 2024 - 1 BvR 2290/23.
121. BVerwGE 138, 186.
122. BVerwGE 146, 56.
123. BVerwGE 149, 52.
124. LG Oldenburg, Entscheidung vom 18. Mai 1987 - 5 O 1076/87.
125. KG, Entscheidung vom 07.06.2007 - 10 U 247/06.
126. LG Hamburg, Beschluss vom 11.05.2017 - 324 O 217/17.

Решения Европейского суда по правам человека

127. Centro Europa 7 S. r. l., Di Stefano v. Italy. Judgment of 07.06.2012. Application no. 38433/09.
128. Groppera Radio AG v. Switzerland. Judgment of 28.03.1990. Application no. 10890/84.
129. Handyside v. UK. Judgment of 07.12.1976. Application no. 5493/72.
130. Informationsverein Lentia v. Austria. Judgment of 24.11.1993. Application no. 17207/90.
131. Lingens v. Austria. Judgment of 08.07.1986. Application no. 9815/82.
132. Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary. Judgment of 08.11.2016. Application no. 18030/11.
133. Manole and others v. Moldova. Judgment of 17.12.2009. Application no. 13936/02.
134. NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova. Judgment of 5.04.2022. Application no. 28470/12.
135. Özgür Gündem v. Turkey. Judgment of 16 March 2000. Application no. 23144/93.

136. CJEU. Commission v. Hungary. Case no. C-66/18. Judgment of the Court of 06.10.2020.
137. CJEU. Ireland v European Parliament and Council of the European Union. Case no. C-301/06. Judgment of the Court of 10.02.2009.
138. CJEU. Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union. Case no. C-377/98. Judgment of the Court of 09.10.2001.
139. CJEU. Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v. Commissariaat voor de Media. Case no. C-288/89. Judgment of the Court of 25.07.1991.
140. CJEU. Südwestrundfunk v. Tilo Rittinger and Others. Case no. C-492/17. Judgment of the Court of 13.12.2018.
141. CJEU. The Queen, on the application of Vodafone Ltd and Others v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform. Case no. C-58/08. Judgment of the Court of 08.06.2010.
142. CJEU. United Pan-Europe Communications Belgium SA and Others v. Belgian State. Case no. C-250/06. Judgment of 13.12.2007.

II. Научная литература

Базовая литература: *важнейшие компендиумы, комментарии, монографии и учебная литература по конституционному праву ФРГ, праву Европейского союза и Европейской конвенции по правам человека, а также ключевые междисциплинарные исследования*

143. Benda, E. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 2. Aufl. Berlin: de Gruyter, 1994.
144. Cappello, M. (Hrsg.) Das Europäische Medienfreiheitsgesetz und seine Bedeutung. Straßburg: IRIS, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, 2024.
145. Coelln, C., Mann, T. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 10. Aufl. München: C.H. Beck, 2024.
146. Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. On the Allocation of Competences between the European Union and Its Member States in the Media Sector: An Analysis with Particular Consideration of Measures Concerning Media Pluralism. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.
147. Degenhart, C. Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. 37. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2021.
148. Dolderer, M. Objektive Grundrechtsgehalte. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.
149. Dörr, O., Grote, R., Marauhn, T., et al. (Hrsg.) EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.
150. Dreier, H. (Begr.). Grundgesetz Kommentar: GG, Band I: Präambel, Artikel 1-19. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.
151. Dreier, H. Dimensionen der Grundrechte: von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993.
152. Epping, V., Hillgruber, C. (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz. 54. Aufl. München: C.H. Beck, 2023.

153. Epping, V., Lenz, S., Leydecker, P. Grundrechte. 8. Aufl. Berlin: Springer, 2019.
154. Fechner, F. Entscheidungen zum Medienrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.
155. Fechner, F. Medienrecht: Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk und Multimedia. 21. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.
156. Flitsch, M. Die Funktionalisierung der Kommunikationsgrundrechte. 1. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.
157. Gersdorf, H., Paal, BP. (Hrsg.) BeckOK Informations- und Medienrecht. 46. Aufl. München: C.H. Beck, 2024.
158. Grabitz, E., Nettesheim, M. (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union. 83. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Gesamtausgabe in 3 Bänden.
159. Günther, F. Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 - 1970. München: Oldenbourg, 2004.
160. Herdegen, M., Masing, J., Poscher, R., et al. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: C.H. Beck, 2021.
161. Heselhaus, FSM., Nowak, C. (Hrsg.) Handbuch der Europäischen Grundrechte. 2. Aufl. München: C.H. Beck, 2020.
162. Heusch, A., Posser, H., Ullrich, N., et al. (Hrsg.) Verfassungsrecht in der Praxis. München: C.H. Beck, 2024.
163. Hilgendorf, E., Joerden JC. (Hrsg.) Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Stuttgart: J.B. Metzler Verlag, 2021.
164. Hindelang, S. Freiheit und Kommunikation: Zur verfassungsrechtlichen Sicherung kommunikativer Selbstbestimmung in einer vernetzten Gesellschaft. Berlin: Springer, 2019.
165. Huber, PM., Voßkuhle, A. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 8. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Gesamtwerk in 3 Bänden.
166. Jarass, HD. Charta der Grundrechte der Europäischen Union: unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK. Kommentar. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2021.
167. Jarass, HD., Kment, M. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar. 18. Aufl. München: C.H. Beck, 2024.
168. Kingreen, T., Poscher, R. Grundrechte: mit ebook: Lehrbuch & Entscheidungen. 37. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2021.
169. Kirchhof, P., Isensee, J. (Hrsg). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg: Müller, 2005. Gesamtausgabe in 13 Bänden.
170. Maunz, T., Dürig, G., et al. (Hrsg.) Grundgesetz: Kommentar. 106. Aufl. München: C.H. Beck, 2024. Gesamtwerk in 3 Bänden.
171. Merten, D., Papier, H.-J. (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. Gesamtwerk in 12 (Teil-)Bänden.
172. Meyer-Ladewig, J., Nettesheim, M., Raumer, S. (Hrsg.) EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2023.

173. Nielsen, J. Die Medienvielfalt als Aspekt der Wertesicherung der EU. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.
174. Oberreuter, H. (Hrsg.) Pluralismus: Grundlegung und Diskussion. Opladen: Leske und Budrich; 1980.
175. Paschke, M. Medienrecht. Berlin, Heidelberg: Springer, 2009.
176. Paschke, M., Berlit, W. (Hrsg.) Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2021.
177. Pechstein, M., Nowak, C., Häde, U. (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023. Gesamtausgabe in 4 Bänden.
178. Petras, M., Vos, H. (Hrsg.) Handbuch Informationsfreiheitsrecht. Kiel: Universitätsverlag Kiel, 2023.
179. Pollmann, A., Lohmann, G. (Hrsg.) Menschenrechte: ein interdisziplinäres Handbuch. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2012.
180. Rimscha, B von., Siegert, G. Medienökonomie: Eine problemorientierte Einführung. Wiesbaden: Springer VS, 2015.
181. Schmidt, M. Demokratietheorien: eine Einführung. 6. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2019.
182. Schröter, J. (Hrsg). Handbuch Medienwissenschaft. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2014.
183. Schweiger, W., Fahr, A. (Hrsg.) Handbuch Medienwirkungsforschung. Wiesbaden: Springer VS, 2013.
184. Soehring, J., Hoene, V. Presserecht: Recherche, Darstellung und Haftung im Recht der Medien. 6. Aufl. Köln: Otto Schmidt, 2019.
185. Spindler, G., Schuster, F. (Hrsg.) Recht der elektronischen Medien: Kommentar. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2019.
186. Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft. 8. Aufl. Freiburg; Basel; Wien: Herder, 2020. Gesamtausgabe in 5 Bänden.
187. Stern, K., Sachs, M. (Hrsg.) Europäische Grundrechte-Charta: GRCh: Kommentar. München: C.H. Beck, 2016.
188. Stern, K., Sodan, H., Möstl, M. (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. München: C.H. Beck, 2022. Gesamtwerk in 4 Bänden.
189. Vedder, C., Heintschel von Heinegg, W. (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht: EUV, AEUV, GRCh, EAGV: Handkommentar: mit den vollständigen Texten der Protokolle und Erklärungen. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2018.
190. Wenzel, KE., Burkhardt, EH. Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung: Handbuch des Äußerungsrechts. 6. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2018.
191. Wilke, J. (Hrsg.) Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Köln; Weimar; Wien: Böhlau, 1999.
192. Zippelius, R. Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft; ein Studienbuch. 16. Aufl. München: Beck, 2010.

193. Варламова, Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. СПб., 2010.
194. Даль, Р.А. Полиархия: участие и оппозиция / пер. с англ. С. Деникиной, В. Баранова; Гос. ун-т Высшая школа экономики. М.: Изд. дом Гос. ун-та Высшей школы экономики, 2010.
195. Дугин, А. Г. Теория многополярного мира. М.: Евразийское движение, 2013.
196. Зубофф, Ш. Эпоха надзорного капитализма. Битва за человеческое будущее на новых рубежах власти. / пер. с англ. А.Ф. Васильева; под ред. Я. Охонько и А. Смирнова. М.: Издательство Института Гайдара, 2022.
197. Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. / сост: Ю. Швабе, Т. Гайсслер. Москва: Инфотропик Медиа, 2018.
198. История политических и правовых учений: учебник / отв. ред. О.Э Лейст. Изд. Зерцало, 2006.
199. Кастельс, М. Власть коммуникации: учеб. пособие / пер. с англ. Н. М. Тылевич; под науч. ред. А. И. Черных; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2016.
200. Кирия, И.В., Новикова, А.А. История и теория медиа. 2-е изд. испр. Москва: Издательский дом Высшей школы экономики, 2020.
201. Конституции зарубежных стран / сост. Дубровин В.Н. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2001.
202. Конституционализм: универсальное и национальные измерения: монография / Под ред. Т. А. Васильевой, Н. В. Варламовой. М.: ИГП РАН, 2022.
203. Конституция и права человека: современная доктрина и практика: Монография / Под ред. Т.А. Васильевой, Н.В. Варламовой. М.: ИГП РАН, 2021.
204. Кревельд, М ван. Трансформация войны / пер. с англ. М.: Альпина Бизнес Букс, 2005.
205. Лассуэлл, Г.Д. Техника пропаганды в мировой войне: перевод с англ. / Г.Д. Лассуэлл; РАН. ИНИОН; сост. и переводчик В.Г. Николаев; отв. ред. Д.В. Ефременко. Москва, 2021.
206. Липчанская, М.А., Привалов, С.А. Конституционная свобода массовой информации в России и Германии: теория и практика. Монография. Москва: Проспект, 2024.
207. Луман, Н. Власть / пер. с нем. А.Ю. Антоновского. М.: Праксис, 2001.
208. Луман, Н. Реальность массмедиа / пер. с нем. А. Ю. Антоновского. М.: Праксис, 2005.
209. Обеспечение прав человека и осуществление публичной власти в современных условиях: проблемы и решения: Монография / Под ред. Т.А. Васильевой, Н.В. Варламовой. М.: ИГП РАН, 2023.
210. Познер, Р. Экономический анализ права. В 2-х т. / Пер. с англ. под ред. В.Л. Тамбовцева. СПб: Экономическая школа, 2004.

211. Право Европейского Союза: учебник для бакалавров / под ред. С. Ю. Кашкина. Москва: Проспект, 2015.
212. Рассел, Б. Воздействие науки на общество. / пер. с англ. В. Онышко. Москва, Издательство иностранной литературы, 1952.
213. Рассел, Б. История западной философии. М.: Издательство АСТ, 2019.
214. Рекомендации Комитета Министров Совета Европы в европейском правовом пространстве. / под. ред. Н.С. Степанова, пер. с англ. И. В. Артамонова [и др.]. М.: Развитие правовых систем, 2021.
215. Салихов, Д.Р. Протестные отношения в конституционном праве: от теории к практике конституционного-правового регулирования. Монография. Москва: Юстицинформ, 2022.
216. Сиберт, Ф., Шрамм, У., Питерсон, Т. Четыре теории прессы. М.: Вагриус, 1998.
217. Хабермас, Ю. Структурное изменение публичной сферы. Исследования относительно категории буржуазного общества. / пер. с немецкого В.В. Иванова. Москва: Весь мир, 2016.
218. Харрис, Д., О'Бойл, М., Уорбрик, С. Право Европейской конвенции по правам человека. Науч. изд., 2-е издание, дополн. М.: Развитие правовых систем, 2019.
219. Шиллер, Г. Манипуляторы сознанием / пер. с англ.; науч. ред. Я. Н. Засурский. М.: Мысль, 1980.
220. Altmeppen, KD., Karmasin, M. (Hrsg.) Medien und Ökonomie. Problemfelder der Medienökonomie. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2003.
221. Baab, P. Propagandapresse. Wie uns Medien und Lohnschreiber in Kriege treiben. Berlin: Verlag Hintergrund, 2024.
222. Bajohr, H., Edinger, S. (Hrsg.) Negative Anthropologie: Ideengeschichte und Systematik einer unausgeschöpften Denkfigur. Berlin; Boston: De Gruyter, 2021.
223. Barion, H. (Hrsg.) Festschrift für Carl Schmitt: zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern. 3., unveränd. Auflage. Berlin: Duncker und Humblot, 1994.
224. Barth, V. Wa(h)re Fakten. Wissensproduktionen globaler Nachrichtenagenturen 1835–1939. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2020.
225. Becker, J. Medien im Krieg – Krieg in den Medien. 1. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2016.
226. Becker, U. Das "Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Berlin: Duncker und Humblot, 1996.
227. Behrns, U. Pluralismussicherung durch die Beschränkung ausländischer Beteiligungen an deutschen Rundfunkunternehmen. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2011.
228. Benz, W. (Hrsg.) Deutschland unter alliierter Besatzung: 1945-1949/55: ein Handbuch. Berlin: Akadademie Verlag, 1999.
229. Bisky, L. (Hrsg.) Medien - Macht - Demokratie: neue Perspektiven. Berlin: Dietz; 2009.
230. Böckenförde, E-W., Gosewinkel, D. Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. 1. Aufl. Berlin: Suhrkamp, 2011.
231. Bogdandy, A. von. Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft. 1. Aufl. Berlin: Suhrkamp, 2022.

232. Braun, J. Einführung in die Rechtsphilosophie: der Gedanke des Rechts. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.
233. Broecker, H., Kaltwasser, D. (Hrsg). Mediensystem und öffentliche Sphäre in der Krise. Neu-Isenburg: Westend Verlag, 2024.
234. Brugger, W. Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus: Studien zur Legitimation des Grundgesetzes. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1999.
235. Brzezinski, Z. Die einzige Weltmacht: Amerikas Strategie der Vorherrschaft. Weinheim; Berlin: BeltzQuadriga, 1997.
236. Camilo de Oliveira, R. Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
237. Cole, MD., Etteldorf, C. Research for CULT Committee – European Media Freedom Act – Background Analysis, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2023.
238. Cole, MD., Ukrow, J., Etteldorf, C. Zur Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten im Mediensektor. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung medienvielfaltsbezogener Maßnahmen im Auftrag der deutschen Länder. Saarbrücken: Institut für Europäisches Medienrecht (EMR), 2020.
239. Dohnanyi, K von. Nationale Interessen: Orientierung für deutsche und europäische Politik in Zeiten globaler Umbrüche. München: Siedler, 2022.
240. Dussel, K. Deutsche Rundfunkgeschichte. 2. Aufl. Konstanz: UVK, 2004.
241. Eifert, M. (Hrsg.) Digitale Disruption und Recht: Workshop zu Ehren des 80. Geburtstags von Wolfgang Hoffmann-Riem. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2020.
242. Eifert, M., Gostomzyk, T. (Hrsg.) Medienföderalismus. Föderale Spannungslagen und Lösungsansätze in der Medienregulierung. Nomos: Baden-Baden, 2018.
243. Eisenhardt, U., Amend-Traut, A. Deutsche Rechtsgeschichte: die Entwicklung einer Rechtsordnung in Europa. 8. Aufl. München: C.H. Beck, 2024.
244. Elter, A. Die Kriegsverkäufer: Geschichte der US-Propaganda 1917-2005. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.
245. Fraenkel, E. Amerikastudien. Herausgegeben von Hubertus Buchstein. 1. Aufl. Bd. 4. Gesammelte Schriften. Baden-Baden: Nomos, 2000.
246. Fraenkel, E. Deutschland und die westlichen Demokratien. 9. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011.
247. Franco, G. (Hrsg.) Handbuch Karl Popper. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2019.
248. Frick, V., Lembcke, O. (Hrsg.) Hermann Hellers demokratischer Konstitutionalismus. Wiesbaden: Springer VS, 2022.
249. Gamper, A. Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre. Wien: Facultas, 2021.
250. Geiger, T. Atlantiker gegen Gaullisten: außenpolitischer Konflikt und innerparteilicher Machtkampf in der CDU/CSU 1958-1969. München: Oldenbourg Verlag, 2008.

251. Geiger, T., Lillteicher, J., Wentker, H. Zwei plus Vier: Die internationale Gründungsgeschichte der Berliner Republik, Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2022.
252. Glasze, G., Odzuck, E., Staples, R. (Hrsg). Was heißt digitale Souveränität? Diskurse, Praktiken und Voraussetzungen "individueller" und "staatlicher Souveränität" im digitalen Zeitalter. Bielefeld: transcript, 2022.
253. Grawert, R. (Hrsg.) Offene Staatlichkeit: Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
254. Groh, K. Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik: von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
255. Gromitsaris, A. Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering: eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
256. Häberle, P. Das Menschenbild im Verfassungsstaat. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
257. Häberle, P. Verfassungslehre als Kulturwissenschaft. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
258. Häberle, P., Kilian, M., Wolff, HA. (Hrsg.) Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Nachtragsband Deutschland – Österreich – Schweiz. Berlin; Boston: De Gruyter, 2024.
259. Habermas, J. Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik. Berlin: Suhrkamp, 2022.
260. Hagen, W. Gegenwartsvergessenheit. Lazarsfeld – Adorno – Innis – Luhmann. Berlin: Merve, 2003.
261. Heller, H. Die Souveränität: ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts. Berlin: de Gruyter, 1927.
262. Hesse, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1967
263. Hickethier, K. Einführung in die Medienwissenschaft. 2. Aufl. Stuttgart; Weimar: Metzler; 2010.
264. Hirzel, D. Macht und Methode: Kompetenzgrenzen des Bundesverfassungsgerichts im Wandel der Zeit. Berlin: Duncker & Humblot, 2023.
265. Hofbauer, H. Feindbild Russland: Geschichte einer Dämonisierung. Wien: Promedia; 2016.
266. Holmes, OW. The Path of the Law. Kila, MT: Kessinger, 2010.
267. Höntzsch, F. Der Mensch als politisches Argument: Für eine politikwissenschaftliche Anthropologie. Bielefeld: transcript Verlag, 2023
268. Isensee, J. Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982 - erweiterte Fassung. Berlin: De Gruyter, 2012.
269. Jäckel, M. Medienwirkungen: Ein Studienbuch zur Einführung. 5. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2011.

270. Jahraus, O., Nassehi, A. (Hrsg.) Luhmann-Handbuch: Leben - Werk - Wirkung. Stuttgart; Weimar: Verlag J.B. Metzler; 2012.
271. Jansen, A. Grundrechte als Produkt der Staatsrechtswissenschaft? Eine Untersuchung zum Einfluss von Rudolf Smend, Carl Schmitt und Richard Thoma auf die Entstehung der Grundrechte im Parlamentarischen Rat. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2024.
272. Jaspers, K. Wohin treibt die Bundesrepublik? Tatsachen, Gefahren, Chancen. München: Piper, 1966.
273. Kalbhenn, JC. Monitoring media pluralism in the digital era: application of the media pluralism monitor in the European member states and in candidate countries in 2023. Country report: Germany. EUI; RSC; Research Project Report; Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF), 2024.
274. Kloepfer, M. Innere Pressefreiheit und Tendenzschutz im Lichte des Artikels 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
275. Knobloch, J. (Hrsg.) Staat und Geheimnis: der Kampf um die (Un-)Sichtbarkeit der Macht. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2019.
276. Koller, P., Hiebaum, C. (Hrsg.) Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung. Berlin; Boston: De Gruyter, 2016.
277. Krone, J., Pellegrini, T. (Hrsg.) Handbuch Medienökonomie. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2020.
278. Krone-Schmalz, G. Eiszeit: wie Russland dämonisiert wird und warum das so gefährlich ist. München: C.H. Beck, 2017.
279. Lacourt, A. Medienkompetenz und die Stärkung der Nutzer. Strasbourg: IRIS, European Audiovisual Observatory, 2024.
280. Lang, A. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung: Rechtsprechungskoordination in rechtsordnungsübergreifenden Richternetzwerken. Band 293. Berlin: Springer, 2020.
281. Lautsch, E.R. Integration durch Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.
282. Lehnert, D. (Hrsg.) Transnationale Demokratisierung in Europa. Von den Anfängen bis in die Gegenwart. Berlin: Metropol, 2023.
283. Lindschau, J. Die Notwendigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks: eine Analyse seiner Existenzberechtigung im Spannungsfeld zwischen Bestandsgarantie und Verzichtbarkeit. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
284. Lippmann, W. Die öffentliche Meinung: wie sie entsteht und manipuliert wird. (Ötsch, W., Graupe, S., eds.). Frankfurt: Westend, 2021.
285. Lippmann, W. Public opinion. New York: Macmillan, 1949.
286. Lorenz, S. (Hrsg.) Transatlantik: Transfer von Politik, Wirtschaft und Kultur. Opladen; Wiesbaden: Westdt. Verl., 1999.
287. Lucht, J. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk: ein Auslaufmodell? Grundlagen - Analysen - Perspektiven. 1. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss., 2006.
288. McQuail, D., Deuze, M. McQuail's Media & Mass Communication Theory (seventh edition). London: SAGE, 2020.

289. Mehring, R. Carl Schmitt: Denker im Widerstreit: Werk - Wirkung - Aktualität. Freiburg im Breisgau; München: Verlag Karl Alber, 2017.
290. Meyen, M. Cancel Culture. Wie Propaganda und Zensur Demokratie und Gesellschaft zerstören. Berlin: Hintergrund, 2024.
291. Mills, CW. The Power Elite. London: Oxford Univ. Pr., 1968.
292. Möllers, C. Staat als Argument. München: Beck, 2000.
293. Mrutzek, P. Geordnete Freiheit - "Levels of Scrutiny" in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts. 1. Auflage. Baden-Baden: Tectum Verlag, 2018.
294. Müller, A. Glaube wenig, hinterfrage alles, denke selbst: wie man Manipulationen durchschaut. Frankfurt/Main: Westend, 2022.
295. Müller, C. Hugo Preuß, der Vater der Weimarer Verfassung: ihre Grundlegung in der Gemeinde-Demokratie. Schefold, D. (Hrsg.) Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 2022.
296. Müller, M., Bräutigam, V., Klinkhammer, F. Zwischen Feindbild und Wetterbericht. Tagesschau & Co. – Auftrag und Realität. Köln: PapyRossa, 2019.
297. Müller, MM. (Hrsg.) Casebook internationale Politik. 1. Aufl. Wiesbaden: VS, Verl. für Sozialwiss., 2011.
298. Neumann, V. Carl Schmitt als Jurist. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
299. Nida-Rümelin, J., Daniels, D., Wloka, N. (Hrsg.) Internationale Gerechtigkeit und institutionelle Verantwortung. Berlin: De Gruyter, 2019.
300. Niedermayer, O. (Hrsg.) Handbuch Parteienforschung. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden; 2013.
301. Nikoltchev, S. (Hrsg.) Die öffentlich-rechtliche Rundfunkkultur. Straßburg: Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, 2007.
302. Nußberger, A. (Hrsg.) Medienrecht und Meinungsfreiheit in Russland. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
303. Nußberger, A. Ende des Rechtsstaats in Russland? Probleme der rechtsstaatlichen Entwicklung im Spiegel der Rechtsprechung des Russischen Verfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Köln: Schmidt, 2007.
304. Ooyen, R van. Bundesverfassungsgericht und politische Theorie: Ein Forschungsansatz zur Politologie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wiesbaden: Springer VS, 2015.
305. Ooyen, R van. Demokratische Staats- und Verfassungslehre der Weimarer Republik. Frankfurt am Main: Verlag für Verwaltungswissenschaft, 2019.
306. Ooyen, R van. Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2020.
307. Ooyen, R van. Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa: von Solange über Maastricht und Lissabon zur EU-Grundrechtecharta und EZB. 9. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2022.
308. Ooyen, R van. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. 2. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2017.
309. Ooyen, R van. Integration: Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik. Wiesbaden: Springer VS, 2014.

310. Ooyen, R van., Möllers M. (Hrsg.) Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System. 3. Aufl. Wiesbaden: Springer VS, 2025.
311. Parcu, P. L., Brogi, E. et al. Study on Media Plurality and Diversity Online. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022.
312. Peuker, E. Verfassungswandel durch Digitalisierung: Digitale Souveränität als verfassungsrechtliches Leitbild. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
313. Pluralism and Media Concentration in the Internal Market – An Assessment of the Need for Community Action. Green Paper. Commission of the European Communities, 1992.
314. Poscher, R. Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
315. Recommendations and declarations of the Committee of Ministers of the Council of Europe in the field of media and information society. Strasbourg, 2016.
316. Reese, B. Die Verfassung des Grundgesetzes: Rahmen- und Werteordnung im Lichte der Gefährdungen durch Macht und Moral. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
317. Reick, R. Freiheit und Pluralismus: Isaiah Berlins zentrale Ideen als Material für die heutige Philosophie. Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, 2016.
318. Ridder, H. Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1975.
319. Riebschläger, K. Die Freirechtsbewegung: zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.
320. Rohde, C. Hans J. Morgenthau und der weltpolitische Realismus. VS Verlag, Wiesbaden, 2004.
321. Rook, R. Der Öffentlich-Rechtliche Rundfunk in Deutschland und im Vereinigten Königreich: ein Rechtsvergleich. Wiesbaden: Springer, 2019.
322. Rostalski, F. Die vulnerable Gesellschaft: die neue Verletzlichkeit als Herausforderung der Freiheit. München: C.H. Beck, 2024.
323. Sacksofsky, U. (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht. Berlin, Boston: De Gruyter, 2020.
324. Schmitt, C. Der Hüter der Verfassung. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.
325. Schmitt, C. Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.
326. Schmitt, C. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.
327. Schmitt, C., Schönberger, C. Die Tyrannei der Werte. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.
328. Schöbener, B., Knauff, M. Allgemeine Staatslehre. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2023.
329. Schumpeter J.A., Kurz, H.D. Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (Preiswerk, S., Hager, T., Kohlgruber, P., & Mellacher, P., Übers.) 10. Aufl. Tübingen: Narr Francke Attempto Verlag, 2020.
330. Schumpeter, J. Aufsätze zur ökonomischen Theorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 1952.
331. Schumpeter, J. Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie. Bern: Paul Haupt, 1950.
332. Schwartz, TA. America's Germany: John J. McCloy and the Federal Republic of Germany. 1st ed. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Pr., 1991.

333. Smend, R. Das Recht der freien Meinungsäußerung // Das Recht der freien Meinungsäußerung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927. Berlin, Leipzig: De Gruyter, 1928.
334. Smend, R. Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. 3. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1994.
335. Smend, R. Verfassung und Verfassungsrecht. München: Duncker & Humblot, 1928.
336. Stolleis, M. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost, 1945 – 1990. München: Beck, 2012.
337. Strauß, FJ. Die Erinnerungen. 2. Aufl. Berlin: Siedler, 1989.
338. Szczekalla, P. Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Inhalt und Reichweite einer "gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion". Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
339. Thompson, J. B. The media and modernity: a social theory of the media. 1st ed. Cambridge: Polity Press, 1995.
340. Unruh, P. Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz: ein verfassungstheoretischer Vergleich. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
341. Unruh, P. Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten. Berlin: Duncker und Humblot, 1996.
342. Viehweg, T. Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. München: Beck, 1974.
343. Voßkuhle, A. (Hrsg.) Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
344. Wehling, E. Politisches Framing: wie eine Nation sich ihr Denken einredet - und daraus Politik macht. Berlin: Ullstein Taschenbuch Verlag, 2018.
345. Wieser, B. Vergleichendes Verfassungsrecht. Wien: Springer, 2005.
346. Wolin, S. Democracy Incorporated: Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism. Princeton: Princeton University Press, 2008.
347. Zichy, M. (Hrsg.) Handbuch Menschenbilder. Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2024.

Статьи, опубликованные в периодических печатных изданиях

348. Афанасьева, О.В. Открытое общество и его риски. Перечитывая Карла Поппера // Вопросы философии. 2012. №11. С. 43-54.
349. Васильева, Т. Соотношение европейской и национальной идентичности в юридической доктрине и практике Суда ЕС // Сравнительное конституционное обозрение. 2023. № 3(154). С. 90-104.
350. Грановская, О.Л. Ценностный плюрализм Исайи Берлина // Ценности и смыслы. 2015. №4 (38). С. 17-20.
351. Короткевич, М.А. Модель общественного вещания Германии: конституционно-правовой аспект // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2023. Т. 64. № 2. С. 100-128.

352. Короткевич, М.А. Немецкий подход к гарантированию плюрализма в сфере массовой коммуникации // Конституционное и муниципальное право. 2024. № 4. С. 56-64.
353. Короткевич, М.А. Текущая реформа общественного вещания в Германии как конституционно-правовая проблема // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2024. Т. 65. № 3. С. 168-187.
354. Короткевич, М.А. Ужесточение надзора за электронными СМИ в Германии: медиасвободы под угрозой? // Юридический мир. 2024. № 8. С. 50-53.
355. Коэн-Элия, М., Порат, И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3. С. 73-75.
356. Кучеренко, С. Власть и насилие в реализме Моргентау // Социологическое обозрение. 2019. Т. 18. №4. С. 321-328.
357. Монахов, В. Свобода вещания как результат конституционного правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 5. С. 4-21.
358. Муфф, Ш. Карл Шмитт и парадокс либеральной демократии / пер. с англ. А. Смирнова // Логос. 2004. №6(45). С. 140-153.
359. Назаров, М.М. Производство согласия: объяснительная модель функционирования медиа // Наука. Культура. Общество. 2022. Т. 28. № 4. С. 8-21.
360. Нуссбергер, А. Плюрализм – конституционная ценность // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 6(67). С. 89-98.
361. Поляков, Л.В. О понимании свободы. Перечитывая Исайю Берлина // Полития. 2009. №1. С. 78-91.
362. Савин, Н. Порывая с Карлом Шмиттом: понятие политического в теории агонистического плюрализма // Логос. 2015. №6 (108). С. 163-179.
363. Сафронов, Э. Е. Трансформации капитализма в XXI веке: концепция «надзорного капитализма» Шошаны Зубофф // Социологические исследования. 2021. №4. С. 165-172.
364. Тешке, Б. Решения и нерешительность. Политические и интеллектуальные прочтения Карла Шмитта // Философско-литературный журнал «Логос». 2012. №5 (89). С. 3-44.
365. Backhaus, J. Ökonomische Analyse des Rechts: Alternative Dogmatik oder Analyse im Dienste der theoretischen Wirtschaftspolitik? // Diskussionsbeiträge - Serie A, №153, Universität Konstanz, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften und Statistik, Konstanz. 1980. S. 1-31.
366. Beaujean, D., Oelke, C., Wierny, T. Immer mehr Verordnungen aus Brüssel und ihre Auswirkungen auf die Medienregulierung. Wie viel Handlungsspielraum verbleibt für die Mitgliedstaaten? // Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung. 2023. №1. S.11-16.
367. Beck, H., Beyer, A. Öffentlich-Rechtlicher Rundfunk in der Krise: Reformbedarf und Reformoptionen // Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft. Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2013. S. 221-252.

368. Binder, R. Optionen und Grenzen einer Strukturreform des öffentlich-rechtlichen Rundfunks // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2022. №12. S. 880-892.
369. Böckenförde, E-W. Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart // Aus Politik und Zeitgeschichte. 1971. №49. S. 3-17
370. Böckenförde, E-W. Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik // Neue juristische Wochenschrift. 1976. S. 2089-2099.
371. Böckenförde, E-W. Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik // Der Staat. 1990. Vol. 29. № 1. S. 1-31.
372. Bogdandy, A von., Spieker, LD. Reverse Solange 2.0: Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter // Europarecht. 2020. №3. S. 301-332.
373. Brummer, K. Der Europarat: ein Vergessener mit Zukunft // GWP - Gesellschaft. Wirtschaft. Politik. 2010. 59(1). S. 65-76.
374. Budzinski, O. Europäische Regulierung digitaler Dienste: Eine kritische Würdigung der Entwürfe DMA & DSA aus medienökonomischer Perspektive // Ilmenau Economics Discussion Papers. 2021. №158. Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Ilmenau. S. 1-22.
375. Bullinger, M. Freiheit und Gleichheit in den Medien: zur Rechtsprechung der Verfassungsgerichte // JuristenZeitung. 1987. Vol. 42. №6. S. 257-265.
376. Cherneski, J. An Unacknowledged Adversary: Carl Schmitt, Joseph Schumpeter, and the Classical Doctrine of Democracy // Critical Review. 2017. Vol. 29. №4. P. 447-472.
377. Classen, CD. Die Gleichheit der Mitgliedstaaten und ihre Ausformungen im Unionsrecht // Europarecht. 2020. №3. S. 255-269.
378. Degenhart, C. Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie? // Kriminalpolitische Zeitschrift. 2025. №1. S. 4-9.
379. Di Fabio, U. Grundrechte als Werteordnung // JuristenZeitung. 2004. №59(1) S. 1-8.
380. Dietrich, N. Die Festsetzung des Rundfunkbeitrags als “gebundene Entscheidung“ // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2021. №10. S. 802-813.
381. Dörr, R., Weber, P. Der European Media Freedom Act (EMFA) und seine Bedeutung für die nationale Medienregulierung // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2023. №5. S. 383-388.
382. Ferreau, F. Das Vorgehen gegen russischen Staatsrundfunk auf nationaler und unionaler Ebene // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2022. №7. S. 505-512.
383. Fischer-Lescano, A. Kritik der praktischen Konkordanz // Kritische Justiz. 2008. Vol. 41. №2. S. 166-177.
384. Frenz, W., Ehlenz, C. Rechtsangleichung über Art. 114 AEUV und Grenzen gem. Art. 5 EUV nach Lissabon // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2011. S. 623-626.
385. Gerdemann S., Spindler G. Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1). Grundlegende Strukturen und Regelungen für Vermittlungsdienste und Host-Provider // Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR). 2023. №1-2. S. 3-11.

386. Gerdemann S., Spindler G. Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2). Die Regelungen für Online-Plattformen sowie sehr große Online-Plattformen und -Suchmaschinen // Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. 2023. №3. S. 115-125.
387. Gersdorf, H. Schutz der Kommunikationsordnung durch den Staat und vor dem Staat – zwischen „Fake News“ und Demokratiefördergesetz // Neue Juristische Wochenschrift. 2024. Vol. 77. №24. S. 3275-3282.
388. Grimm, D. Offenheit als Leitmotiv im Verfassungsverständnis von Konrad Hesse // Archiv des Öffentlichen Rechts. 2019. Vol. 144. № 3. S. 457-466.
389. Gröpl, C. Wie viel Meinungsfreiheit verträgt der Rechtsstaat? // Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. 2025. Vol. 44. №5. S. 281-286.
390. Gusy, C. Delegitimierung des Staates. Legitimierung – Delegitimierung – Verfassungsschutz // Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht. 2022. S. 101-109.
391. Häberle, P. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation // JuristenZeitung. 1975. Vol. 30. №10. S. 297-305.
392. Häberle, P. Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat – Das Beispiel des deutschen Grundgesetzes // Archiv des öffentlichen Rechts. 1989. Vol. 114. № 3. S. 377-382.
393. Haratsch, A. Nationale Identität aus europarechtlicher Sicht // Europarecht. 2016. №2. S. 132-147.
394. Hartmann, B. Dienende Freiheit – notwendige Verstärkung oder widersprüchliche Beschränkung subjektiver Rechte? // JuristenZeitung. 2016. №1. S. 18-26.
395. Heins, M., Lefeldt S. Medienstaatsvertrag: Journalistische Sorgfaltspflichten für Influencer // Multimedia und Recht. Vol. 2. 2021. S. 126-130.
396. Hennemann, M. Der European Media Freedom Act oder: Von Zielen und Mitteln des Medienrechts // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. 2024. S. 498-504.
397. Hoffmann-Riem, W. Deregulierung als Konsequenz des Marktrundfunks – Vergleichende Analyse der Rundfunkrechtsentwicklung in den USA // Archiv des öffentlichen Rechts. 1985. Vol. 110. №4. S. 528-576.
398. Hoffmann-Riem, W. Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung // Der Staat. 2003. 42(2). S. 193-224.
399. Hohnerlein, J. Grundrechtlicher Schutz der Willkürfreiheit – eine materielle Grenze der politischen Gestaltung? // Der Staat. 2022. №61(4). S. 637-664.
400. Ingold, A. Europäische Öffentlichkeit: Entwicklungen an der Schnittstelle von Legitimations- und Kommunikationsordnung // Europarecht. 2024. №6. S.541-569.
401. Kahl, W., Schwind, M. Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre // Europarecht. 2014. S. 170-195.
402. Kelsen, H. Die politische Theorie des Sozialismus // Osterreichische Rundschau, 1923. S. 113-135.
403. Khan, G. Critical republicanism: Jürgen Habermas and Chantal Mouffe // Contemporary Political Theory. 2012. №12. P. 318-337.

404. Kingreen, T., Poscher, R. Die Ausgestaltung von Grundrechten // JuristenZeitung. 2022. Vol. 77. №20. S. 961-970.
405. Klatt, M., Meister, M. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus // Jus Juristische Schulung. 2014. S. 193-199.
406. Klumpp, U., Witte Paz, A. Weniger Zusammenschlüsse – mehr Medienfreiheit? Art. 22 EMFA als weitere Hürde für Zusammenschlüsse auf dem Medienmarkt // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2024. №2. S. 101-110.
407. Knorr, A., Winkler, K. Die duale Rundfunkordnung in der Kritik // Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft. Berlin, Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2000. S. 317-354.
408. Kohl, H. Pluralismuskritik in der Bundesrepublik. Zur Pluralismusdebatte // Aus Politik und Zeitgeschichte. 1970. №12. S. 12-40.
409. Kollenberg, R. Der unabhängige Medienrat: Ein Beitrag zur Diskussion um einen neuen Akteur im künftigen System des öffentlich-rechtlichen Rundfunks // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2025. №1. S. 16-25.
410. Kompa, M. Staatliche Sperrverfügung gegen Blogger // Multimedia und Recht. 2022. Vol. 4. S. 273-277.
411. Köppe, O. Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft: Ambivalenzen der Verfassungstheorie Ernst-Wolfgang Böckenfördes // Kritische Justiz. 1997. Vol. 30. №1. S. 45-62.
412. Korioth, K. Gut gemeint, doch schlecht gemacht: Die neue Rundfunkabgabe ist verfassungswidrig! // Deutsches Steuerrecht. 2013. №17. S. 833–838.
413. Korte, S. Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit in Zeiten medialer Konvergenz // Archiv des öffentlichen Rechts. 2014. Vol. 139(3). S. 384-419.
414. Kraetzig, V. Europäische Medienregulierung – Freiheit durch Aufsicht? // Neue Juristische Wochenschrift. 2023. №21. S. 1485-1490.
415. Kreißig, W. Unabhängigkeit und Staatsferne der Medienaufsicht – Aktuelle Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2023. №5. S. 389-393.
416. Krieger, H. Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität? // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. 2014. Vol. 74. №2. S. 187-213.
417. Krupa, H. Genossenschaftslehre und soziologischer Pluralismus. Ein Beitrag zur Staatslehre Otto von Gierkes // Archiv des öffentlichen Rechts. 1941. Vol. 71. №2. S. 97-114.
418. Kuhlmann, S. Der Digital Services Act und seine Folgen für das nationale Medienrecht // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2023. S. 170-177.
419. Ladeur, KH. Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie // Kritische Justiz. 1999. Vol. 32. №2. S. 281-294.
420. Ladeur, KH. Helmut Ridders Konzeption der Meinungsfreiheit als Prozessgrundrecht // Kritische Justiz. 2020. Vol. 53. №2. S. 172-182.

421. Lent, W. Paradigmenwechsel bei den publizistischen Sorgfaltspflichten im Online-Journalismus – Zur Neuregelung des §19 Medienstaatsvertrag // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2020. Vol. 8/9. S. 593-600.
422. Lenz, S. Das Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1957 // RW Rechtswissenschaft. 2016. №7(2). S. 149-176.
423. Linden, M. Der lange Schatten von Weimar – Fraenkel und Habermas über Repräsentation // Zeitschrift für Politik. 2015. Vol. 62. №4. S 377-399.
424. Lindner, JF. Buchbesprechung: Staat als Argument von Christoph Möllers // Zeitschrift für Rechtspolitik. 2001. Bd. 34. S. 531.
425. Lindner, JF. Thesen zur Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes // Neue Juristische Wochenschrift. 2024. S. 564-568.
426. Lübbe-Wolff, G. Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration // Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik. 2007. №4. S. 121-127.
427. MacCallum, G. Negative and positive freedom // Philosophical Review. 1967. №67(3). P. 312-334.
428. Malferrari, L., Gerhold, M. Ein Unionsrecht auf Empfang pluraler Medien? // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2024. №19. S. 893-900.
429. Mast, T. Staatsferne der Medien und Staat im Diskurs // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. №10. 2023. S. 666-678.
430. Maste, E. Hugo Preuß. Vater der Weimarer Verfassung // Aus Politik und Zeitgeschichte. 1960. №43. S. 695-702.
431. Mehring, R. Carl Schmitt und die Verfassungslehre unserer Tage // Archiv des Öffentlichen Rechts. 1995. Vol. 120. №2. S. 177-204.
432. Meinel, F. Die Grundrechtstheorie Carl Schmitts Systematik, Wirkung und Bedeutung // Die Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 2007. №2. S. 237-262.
433. Meissner, F., Vogler, D. et al. Kritische Infrastruktur für den Journalismus? Zur Rolle der Nachrichtenagenturen in einem sich rapide wandelnden Medienmarkt // Medien & Kommunikationswissenschaft. 2024. Vol. 72. №4. S. 396-417.
434. Meyen, M. Medialisierung // M&K Medien & Kommunikationswissenschaft. 2009. Vol. 57. №1. S.23-38.
435. Michael, L. Rudolf Smend (1882–1975): die Verfassung als Integrationsordnung // ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium. 2023. №3. S. 444-454.
436. Mögele, R. Von wilden Tieren und obersten Gerichten: Das EZB-Urteil des BVerfG // Neue Juristische Online-Zeitschrift. 2020. №38. S. 1153-1158.
437. Möllers, C. Staatstheorie: Grundzüge ihrer rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland // TranState working papers. 2007. №63. S. 1-94.
438. Nettesheim, M. Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung. // Europarecht. 2022. №5. S. 525-546.
439. Nettesheim, M. Die föderale Homogenitätsklausel des Art. 2 EUV // Europarecht. 2024. №3. S. 269-300.
440. Nettesheim, M. Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und Mitgliedstaaten // Zeitschrift für Rechtspolitik. 2021. №8. S. 222-226.

441. Ooyen, R van. „Weimar“ – ein Paradigmenwechsel: Vom „antidemokratischen Denken“ zur Avantgarde der Verfassungspolitologie pluralistischer Demokratie bei Preuß, Anschütz, Thoma, Kelsen, Heller – und Loewenstein // Journal der Juristischen Zeitgeschichte. 2016. 10(3). S. 111-117.
442. Ooyen, R van. Ein moderner Klassiker der Verfassungstheorie: Karl Loewenstein: eine Skizze // Zeitschrift für Politik. 2004. Vol. 51. №1. S. 68-86.
443. Ory, S. Medienfreiheit – Der Entwurf eines European Media Freedom Act // Zeitschrift für Rechtspolitik. 2023. №1. S. 26-29.
444. Oster, J. Künstliche Intelligenz und Vielfaltssicherung // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2024. S. 285-291.
445. Ottmann, H. Hegel und Carl Schmitt // Zeitschrift für Politik. 1993. Vol. 40. №3. S. 233-240.
446. Ottmann, H. Liberale, republikanische, deliberative Demokratie // Synthesis philosophica. 2006. №2. S. 315-325.
447. Pießkalla, M. Das BVerfG-Urteil zum Staatsanleihekaufprogramm der EZB: Eine wichtige rote Linie // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2020. №12. S. 538-543.
448. Reiß, T. Lässt sich Carl Schmitts Verfassungsverständnis entnazifizieren? Oder: Carl Schmitts doppeldeutiger Begriff des »bürgerlichen Rechtsstaats // Leviathan. 2019. 47(4). S. 474-497.
449. Roß, L. European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration. // Europarecht. 2023. №5. S. 450-475.
450. Roth, K. Carl Schmitt – ein Verfassungsfreund? Seine Stellung zur Weimarer Republik in der Phase der relativen Stabilisierung (1924–29) // Zeitschrift für Politik. 2005. №52(2). S. 141-156.
451. Rückert, J. Interessenjurisprudenz, Verfassungswandel, Methodenwandel, Juristenjurisprudenz? // JuristenZeitung. 2017. Vol. 72. №20. S. 965-974.
452. Schellenberg, M. Pluralismus: zu einem medienrechtlichen Leitmotiv in Deutschland, Frankreich und Italien // Archiv des öffentlichen Rechts. 1994. Vol. 119. №3. S. 427-449.
453. Schladebach, M., Simantiras, N. Grundstrukturen des unionalen Rundfunkrechts // Europarecht. 2011. S. 784-808.
454. Schlink, B. Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel // JuristenZeitung. 2007. 62(4). S. 157-162.
455. Schlink, B. Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit // Der Staat. 1989. 28(2). S. 161-172.
456. Schmid, G. Der European Media Freedom Act. Ein erster Überblick // Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR). 2024. №10. S.843-846.
457. Schmitt, C. Staatsethik und pluralistischer Staat // Kant-Studien, 35. 1930. S. 28-42.
458. Schult, S. Reform der Medienordnung durch Medienänderungsstaatsverträge // Multimedia und Recht. 2023. №10. S. 744-747.

459. Schultz, A. Die Bestandsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Wie weit kann der ÖRR beschränkt werden? // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2024. S. 989-997.
460. Schultz, A. Errichtung einer Europäischen Medienbehörde. Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne oder notwendige Harmonisierung des Medienrechts? // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2024. №2. S. 53-60.
461. Selinger, J. Besserer Schutz vor missbräuchlichen Klagen? Zum Potential der EU-Anti–SLAPP-Richtlinie // Newsletter Menschenrechte. 2024. №2. S. 85-90.
462. Söllner, A. Ernst Fraenkel und die Verwestlichung der politischen Kultur in der Bundesrepublik Deutschland // Leviathan. 2002. Vol. 30. №1. S. 132-154.
463. Steinberg, R. Pluralismus und öffentliches Interesse als Problem der amerikanischen und deutschen Verbandslehre // Archiv des öffentlichen Rechts. 1971. Vol. 96. №4. S. 465-505.
464. Tabbara, T. Meinungs- und Pressefreiheit bei Helmut Ridder: negative Dogmatik und „utopischer“ Überschuss // Kritische Justiz. 2020. Vol. 53. №2. S. 161-171.
465. Thiele, A. Der Austritt aus der EU – Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines „Brexit“ // Europarecht. 2016. №3. S. 281-303.
466. Thiele, A., Meyer, T. Integration durch Recht // Europarecht. 2024. №1. S. 87-89.
467. Verheyen, S. Der Europäische Medienfreiheitsakt: Ein Meilenstein für die Pressefreiheit in der EU // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2024. №12. S. 537-538.
468. Voßkuhle, A. Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus // Der Staat. 2011. №50(2). S. 251-267.
469. Voßkuhle, A. Renaissance der „Allgemeinen Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung // Juristische Schulung. 2004. №1. S. 2-7.
470. Vowe, G. Struktureller Wandel der politischen Kommunikation: Chancen und Risiken für liberale Demokratien // Zeitschrift für Parteienwissenschaften. 2022. №3. S. 187-213.
471. Wenger, D. Die objektive Verwertung der Grundrechte: zum Stand der Diskussion // Archiv des öffentlichen Rechts. 2005. Vol. 130. №4. S. 618-628.
472. Wernicke, S. Ist Europa sterblich? – Eine rechtstheologische Rekonstruktion der Debatte um das EZB-Urteil des Bundesverfassungsgerichts // Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 2020. №12. S. 543-544.
473. Wiegandt, M. Die Weimarer Staatsrechtslehre aus dem Blickwinkel des 21. Jahrhunderts // Kritische Justiz. 2013. Vol. 46. №4. S. 442-459.
474. Wilke, J. Nicht nur ein Theoretiker der Öffentlichen Meinung: Walter Lippmann Revisited // M&K Medien & Kommunikationswissenschaft. 2007. Vol. 55. №4. S. 595-612.
475. Zeitzmann, S. Republik Moldau: Entzug der Sendelizenz wegen fehlenden inneren Pluralismus des Programms – EGMR, Urt. v. 5.4.2022 – 28470/12 (NIT S.R.L. gegen Republik Moldau [Große Kammer]) // Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. 2022. Vol. 53. №3. S. 213-214.

Диссертационные исследования

476. Кондуров, В.Е. Политическая теология Карла Шмитта: теоретико-правовое исследование: дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. Наук 5.1.1. / Кондуров В.Е. СПб., 2021.
477. Привалов, С.А. Свобода массовой информации в Российской Федерации и Федеративной Республике Германия: сравнительное конституционно-правовое исследование: дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: 12.00.02. РАНХиГС при Президенте РФ, Москва, 2022.
478. Donaubauer, S. Geschichte und Fernsehen 1964-2004: 40 Jahre Geschichte im Bayerischen Fernsehen. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophie an der Ludwig-Maximilians-Universität München, 2011.
479. Mafi Gudarzi, N. Vielfaltssicherung in sozialen Netzwerken. Eine verfassungsrechtliche Betrachtung des Schutzes der Meinungsvielfalt und der Meinungsbildungsfreiheit. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 2021.
480. Schweizer, MD. Kognitive Täuschungen vor Gericht. Eine empirische Studie. Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft. Zürich, 2005.

Научные публикации в сети Интернет

481. Bayer, J. Medienfreiheit als europäische Tradition: Geschichte und Notwendigkeit des geplanten Europäischen Medienfreiheitsgesetzes (EMFA), VerfBlog, 2023/5/19. URL: https://verfassungsblog.de/medienfreiheit-als-europaische-tradition/ (accessed: 01.11.2023).
482. Bericht des Rates für die zukünftige Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. 2024. URL: https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/Zukunftsrat/ZR_Bericht_18.1.2024.pdf (accessed: 02.02.2024).
483. Blankenagel, A. «An Russland kann man nur glauben». Humboldt-Universität zu Berlin. URL: www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/em/blk/abschiedsvorlesung.pdf (accessed 01.11.2023).
484. Bruns, S., Meiertöns, H. Warum Deutschlands neues maritimes taktisches Hauptquartier nicht gegen den Zwei-plus-Vier Vertrag verstößt, VerfBlog, 2024/11/06. URL: https://verfassungsblog.de/warum-deutschlands-neues-maritimes-taktisches-hauptquartier-nicht-gegen-den-zwei-plus-vier-vertrag-verstost/ (accessed: 06.11.2024).
485. Der EMFA ist da – Beginn eines neuen Zeitalters der EU-Medienregulierung? Institut für Europäisches Medienrecht. URL: https://emr-sb.de/vod-der-emfa-ist-da-beginn-eins-neuen-zeitalters-der-eu-medienregulierung/ (accessed: 01.09.2024).
486. Drittwirkung von Grundrechten. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. URL: https://www.bundestag.de/resource/blob/982408/faf0a2c8f1654247bf93cc9d9a7da370/WD-3-132-23-pdf.pdf (accessed: 01.09.2024);

487. Echokammern“ und „Filterblasen“ in digitalen Medien. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. URL: https://www.bundestag.de/resource/blob/898208/396d70db93fbc68bca40726b4d5308db/WD-10-007-22-pdf-data.pdf (accessed: 01.09.2024).
488. Eigler, K., Sewtz, T. Viel zu verlieren: Die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG, VerfBlog, 2024/1/25. URL: https://verfassungsblog.de/viel-zu-verlieren/ (accessed: 25.03.2024).
489. Entwicklung der Medienregulierung – Spotlight Medienkonzentration. Institut für Europäisches Medienrecht. URL: https://emr-sb.de/vod-webinar-entwicklung-der-medienregulierung-spotlight-medienkonzentration/ (accessed: 05.12.2024).
490. Etteldorf, C. Why the Words “But” and “However” Determine the EMFA’s Legal Basis, VerfBlog, 2023/6/13. URL: https://verfassungsblog.de/why-the-words-but-and-however-determine-the-emfas-legal-basis/ (accessed: 18.01.2024).
491. Fermor, H. Religion, Staat, Verfassung bei E.-W. Böckenforde. Georg-August-Universität Göttingen, 2024. Göttinger E-Papers zu Religion und Recht 27. URL: https://doi.org/10.47952/gro-publ-192 (accessed: 30.07.2024).
492. Free Speech Center at Middle Tennessee State University. URL: https://firstamendment.mtsu.edu/article/fairness-doctrine/ (accessed: 02.12.2023).
493. Fricke, M., Polster, A-K. Anti-SLAPP-Richtlinie der EU. URL: https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/presserecht/anti-slapp-richtlinie-der-eu/ (accessed: 01.09.2024).
494. Günther, F. Etatistischer Nachklang. Ernst-Wolfgang Böckenförde und die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, VerfBlog, 2019/5/06. URL: https://verfassungsblog.de/etatistischer-nachklang-ernst-wolfgang-boeckenfoerde-und-die-bundesdeutsche-staatsrechtslehre/ (accessed: 30.07.2024).
495. Gutachten der Datenethikkommission, 2019. URL: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (accessed: 01.09.2023).
496. Hain, K-E. Verfassungswidrige Staatsnähe: Zur Wahl des Direktors der saarländischen Landesmedienanstalt durch den Landtag, VerfBlog, 2021/7/09. URL: https://verfassungsblog.de/verfassungswidrige-staatsnaehe/ (accessed: 01.09.2024).
497. Hass im Netz: Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie. Eine bundesweite repräsentative Untersuchung. URL: https://www.idz-jena.de/fileadmin/user_upload/_Hass_im_Netz_-_Der_schleichende_Angriff.pdf (accessed: 01.09.2024).
498. Hertz, N. „Neurorechte“ – Zeit für neue Menschenrechte? URL: https://uni-freiburg.de/jura-ioeffr2/wp-content/uploads/sites/163/FIP_2023_2_Hertz_Neurorechte.pdf (accessed: 01.09.2023).

499. Hong, M. Böckenförde, der Ausnahmezustand und Carl Schmitt: Was Böckenförde von Schmitt gelernt hat – und was Schmittianer von Böckenförde lernen sollten, VerfBlog, 2019/5/09. URL: https://verfassungsblog.de/boeckenfoerde-der-ausnahmezustand-und-carl-schmitt-was-boeckenfoerde-von-schmitt-gelernt-hat-und-was-schmittianer-von-boeckenfoerde-lernen-sollten/ (accessed: 30.07.2024).
500. Hoven, E. Volksverhetzung und die Entziehung des passiven Wahlrechts, VerfBlog, 2025/4/30. URL: https://verfassungsblog.de/volksverhetzung-und-die-entziehung-des-passiven-wahlrechts (accessed: 30.04.2025).
501. HRRS. Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht. №6. 2022. URL: https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/22-06/hrrs-6-22.pdf (accessed: 01.05.2024).
502. Hutterer, M. Bundesverfassungsgericht: Geplanter Schutz hat Lücken. Ein neuer Gesetzentwurf will das Bundesverfassungsgericht besser schützen. Wo besteht Nachbesserungsbedarf? Max-Planck-Gesellschaft. URL: https://www.mpg.de/23544576/schutz-des-bundesverfassungsgerichts (accessed: 11.10.2024).
503. Kraetzig, V. Freedom Governed by Brussels, VerfBlog, 2023/6/12. URL: https://verfassungsblog.de/freedom-governed-by-brussels/ (accessed: 18.01.2024).
504. Kranenpohl, U. ‚Pluralismus' in der Staatsrechtslehre – eine Problemanzeige, VerfBlog, 2022/6/29. URL: https://verfassungsblog.de/pluralismus-in-der-staatsrechtslehre-eine-problemanzeige/ (accessed: 01.11.2023).
505. Kube, V., Vos, H., Semsrott, A. Die Blackbox der "privaten Belange". Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/meinung/m/akteneinsicht-fragdenstaat-belange-dritter-bei-informationsanspruechen (accessed: 01.10.2024).
506. Kubiciel, M. Welcher Skandal? Anmerkungen zur eher symbolischen Änderung des §130 StGB, VerfBlog, 2022/10/27. URL: https://verfassungsblog.de/welcher-skandal/ (accessed: 01.05.2024).
507. Laude, L. „Hier ist Netflix mit der Tagesschau": Streamingdienste als Alternative zu ARD und ZDF?, VerfBlog, 2021/3/25. URL: https://verfassungsblog.de/netflix-tagesschau/ (accessed: 01.09.2023).
508. Lennartz, J. "A Bit of Fun. A Bit of Truth.": Bureaucratic ideals of journalism, VerfBlog, 2023/6/14. URL: https://verfassungsblog.de/a-bit-of-fun-a-bit-of-truth/ (accessed: 01.09.2024).
509. Lübbe-Wolff, G. Wehrhafte Demokratie: Die Instrumente des Parteiverbots und der Grundrechtsverwirkung, VerfBlog, 2023/10/13. URL: https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/ (accessed: 25.03.2024).
510. Mangold, A. Das Böckenförde-Diktum, VerfBlog, 2019/5/09. URL: https://verfassungsblog.de/das-boeckenfoerde-diktum/ (accessed: 30.07.2024).
511. Möllers, C. Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra-Vires-Urteils verklagen? CONTRA, VerfBlog, 2020/5/16. URL: https://verfassungsblog.de/sollte-die-eu-kommission-deutschland-wegen-des-karlsruher-ultra-vires-urteils-verklagen-contra (accessed: 01.09.2024).

512. Murswiek, D. Verfassungsschutz. Wer delegitimiert hier wen? Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/verfassungsschutz-kritik-extremismus-delegitimierung-verfassung-bericht (accessed: 01.10.2025).
513. Nußberger, A. Verfassungskonsenskultur in Gefahr, VerfBlog, 2024/7/30. URL: https://verfassungsblog.de/verfassungskonsenskultur-in-gefahr/ (accessed: 30.07.2024).
514. Rath, C. Sachsen-Anhalt verliert Vetorecht. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr275620-rundfunkbeitrag-erhoehung-verfassungsbeschwerde-art-5-gg-streit-sachsen-anhalt (accessed: 01.11.2023).
515. Riedl, B. Die Ultra-vires-Kontrolle als notwendiger Baustein der europäischen Demokratie, VerfBlog, 2021/6/12. URL: https://verfassungsblog.de/ultra-vires-pspp (accessed: 01.09.2024).
516. Rossi, M. IFG abschaffen! Transparenz schaffen! URL: https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/editorial-njw-2025-16-ifg-abschaffen-transparenz-schaffen (accessed: 10.04.2025).
517. Rostalski, F. Zugriffe auf die Meinungsfreiheit erleben Konjunktur. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/strafrecht-verschaerfungen-meinungsfreiheit-diskurs-rostalski (accessed: 23.04.2025).
518. Ruffert, M. Verfahren eingestellt, Problem gelöst? Die EU-Kommission und das Bundesverfassungsgericht, VerfBlog, 2021/12/07. URL: https://verfassungsblog.de/verfahren-eingestellt-problem-gelost (accessed: 01.09.2024).
519. Rusteberg, B. Theorie, Interpretation und Dogmatik der Grundrechte bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, VerfBlog, 2019/5/06. URL: https://verfassungsblog.de/theorie-interpretation-und-dogmatik-der-grundrechte-bei-ernst-wolfgang-boeckenfoerde/ (accessed: 24.09.2024).
520. Schoch, F. CDU/CSU und SPD denken über Abschaffung nach. So wichtig ist das Informationsfreiheitsgesetz für die Demokratie. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/informationsfreiheitsgesetz-ifg-abschaffung-neue-regierung-koalitionsverhandlungen-spd-cdu (accessed: 27.03.2025).
521. Schulz, W. Informationsfreiheit im Ausnahmezustand. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/russia-today-verbot-der-eu-zulaessig-oder-nicht-kompetenzueberschreitung (accessed: 01.09.2024).
522. Stawowy, P. Im öffentlichen Auftrag. Zusammensetzung und Arbeitsweise der öffentlich-rechtlichen Rundfunkgremien. Otto Brenner Stiftung, 2025. URL: https://www.otto-brenner-stiftung.de/arbeitsweise-oeffentlich-rechtliche-rundfunkgremien/ (accessed: 27.06.2025).
523. Thiele, A. Erlaubte Schmähkritik? Die verfassungsrechtliche Dimension der causa Jan Böhmermann, VerfBlog, 2016/4/11. URL: https://verfassungsblog.de/erlaubte-schmaehkritik-die-verfassungsrechtliche-dimension-der-causa-jan-boehmermann/ (accessed: 10.10.2024).

524. Ukrow, J. Durchsetzung von Medienrecht vor neuen Herausforderungen. URL: https://emr-sb.de/vod-durchsetzung-von-medienrecht-vor-neuen-herausforderungen/ (accessed: 01.09.2023).
525. Völkerrechtsverbrechenbezogene Volksverhetzung. Der neue Straftatbestand des §130. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. URL: https://www.bundestag.de/resource/blob/934836/74495c11da75f696859849cfa81118ad/WD-7-111-22-pdf-data.pdf (accessed: 01.05.2024).
526. Webinar Entwicklung der Medienregulierung – Spotlight Medienkonzentration. URL: https://emr-sb.de/vod-webinar-entwicklung-der-medienregulierung-spotlight-medienkonzentration/ (accessed: 14.12.2024).
527. Wihl, T. Die Unbestimmtheit der Verfassung: „Verfassungspatriotismus“ mit Jürgen Habermas nach 70 Jahren. VerfBlog, 2019/5/23. URL: https://verfassungsblog.de/die-unbestimmtheit-der-verfassung-verfassungspatriotismus-mit-juergen-habermas-nach-70-jahren/ (accessed: 01.11.2023).
528. Willaschek, S. Das Resilienzrisiko: Zur geplanten Einführung eines Ersatzwahlmechanismus für Verfassungsrichter*innen ohne rechtliche Absicherung des Zweidrittelquorums, VerfBlog, 2024/11/12. URL: https://verfassungsblog.de/das-resilienzrisiko/ (accessed: 12.11.2024).
529. Zimmermann, W. Bundesverfassungsgericht macht sich zur dritten Instanz. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/meinung/m/kommentar-presserecht-reichelt-beschluss (accessed: 10.10.2024).
530. Zuboff, S. Surveillance Capitalism. Überwachungskapitalismus. Essay // Aus Politik und Zeitgeschichte. URL: www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/292337/surveillance-capitalism-ueberwachungskapitalismus-essay (accessed 01.11.2023).
531. Zum „Grundrecht auf Sicherheit“. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. URL: https://www.bundestag.de/resource/blob/423604/6bc141a9713732fc4bb4334b6d02693b/wd-3-180-08-pdf-data.pdf (accessed: 01.09.2024).

III. Иные источники

Официальные доклады, политические резолюции, законопроекты, статистика, рейтинги, локальные акты, электронные ресурсы и прочие источники

532. Комментарий официального представителя МИД России М.В. Захаровой в связи с решением властей Молдавии заблокировать доступ к 22-м русскоязычным новостным порталам. URL: https://www.mid.ru/ru/foreign_policy/news/1911410/ (accessed: 01.09.2024).
533. 23. Bericht. Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten. URL: https://kef-online.de/fileadmin/KEF/Dateien/Berichte/23._Bericht.pdf (accessed: 18.12.2022).

534. 24. Bericht. Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten. URL: https://kef-online.de/fileadmin/kef/Dateien/Berichte/24._KEF-Bericht.pdf (accessed: 18.12.2024).
535. Achter Konzentrationsbericht (2025). Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK). URL: https://www.kek-online.de/publikationen/medienkonzentrationsberichte/achter-konzentrationsbericht-2025/ (accessed 01.09.2025).
536. Amendments adopted by the European Parliament on 3 October 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0336_EN.pdf (accessed: 01.09.2024).
537. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Martin Erwin Renner, Dr. Marc Jongen, Dr. Götz Frömming, Beatrix von Storch und der Fraktion der AfD. Drucksache 20/5822, 27.02.2023. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/058/2005822.pdf (accessed: 01.09.2024).
538. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Martin E. Renner, Dr. Marc Jongen, Dr. Götz Frömming, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD. Drucksache 19/21280, 27.07.2020. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/19/212/1921280.pdf (accessed: 01.09.2024).
539. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Martin Erwin Renner, Dr. Marc Jongen, Dr. Götz Frömming, Beatrix von Storch und der Fraktion der AfD. Drucksache 20/12475, 05.08.2024. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/124/2012475.pdf (accessed: 01.09.2024).
540. Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland. URL: https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/Medienstaatsvertrag/ModStV_Begru__ndung.pdf (accessed: 01.09.2024).
541. Beschluss der Rundfunkkommission. Anmerkungen zum Vorschlag der Europäischen Kommission für einen European Media Freedom Act (EMFA). Sitzung am 16.11.2022. URL: https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/Beschluesse/2022-11-16_RFK-Anmerkungen_zum_EMFA.pdf (accessed: 01.09.2024).
542. Beschluss des Bundesrates 514/22 vom 25.11.2022. URL: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/uebersetzungen/514-22-beschluss-de.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (accessed: 01.09.2024).
543. Beschluss des Bundesrates 96/21 vom 26.03.2021. URL: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0001-0100/96-21(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1 (accessed: 01.09.2024).

544. Case C-486/24: Action brought on 10 July 2024 – Hungary v European Parliament and Council of the European Union. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62024CN0486 (accessed: 01.10.2024).
545. Charta der Digitalen Grundrechte der Europäischen Union. URL: https://digitalcharta.eu/ (accessed: 01.11.2023).
546. Commission opens formal proceedings against X under the Digital Services Act. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_6709 (accessed: 01.09.2024).
547. Contribution to the EU public consultation on media pluralism and democracy, July 2016. URL: https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-44/reporterssansfrontiers_18792.pdf (accessed: 01.09.2023).
548. Democracy Index 2024. URL: https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2024/ (accessed 01.12.2024).
549. Deutscher Bundestag. Antrag der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP 20/4682 vom 29.11.2022. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/046/2004682.pdf (accessed: 01.09.2024).
550. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. September 2022 zu dem Vorschlag für einen Beschluss des Rates gemäß Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zum Bestehen einer eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0324_DE.html (accessed: 01.09.2024).
551. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94). Drucksache 20/12977, 24.09.2024. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/129/2012977.pdf (accessed: 24.09.2024).
552. EU funding opportunities for the news media sector. European Commission. URL: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/funding-news-media-sector (accessed: 01.09.2024).
553. Europe's Media in the Digital Decade: An Action Plan to Support Recovery and Transformation. COM(2020) 784 final. Brussels, 3.12.2020. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0784 (accessed: 01.10.2024).
554. European Democracy Action Plan. COM(2020) 790 final. Brussels, 3.12.2020. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=COM:2020:790:FIN (accessed: 01.10.2024).
555. European Media Freedom Act (EMFA). Positionspapier der Medienanstalten zu den Trilogverhandlungen. Berlin, 07.11.2023. URL: https://www.die-medienanstalten.de/service/positionspapiere/positionspapier-der-medienanstalten-zu-den-trilogverhandlungen/ (accessed: 01.09.2024).
556. European Parliament resolution of 15 September 2022. URL: www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0324_DE.html (accessed 01.11.2023).

557. Fakt oder Fake? Jugendschutz, Medienkompetenz und Desinformation. Maßnahmen, Projekte und Forderungen aus Sicht der Landesmedienanstalten. 2022. URL: https://www.die-medienanstalten.de/medienkompetenz/medienkompetenzbericht/fakt-oder-fake-jugendschutz-medienkompetenz-und-desinformation/ (accessed: 18.01.2024).
558. Gatekeepers. URL: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en (accessed: 01.10.2024).
559. Gemeinsam für Demokratie und gegen Extremismus. Strategie der Bundesregierung für eine starke, wehrhafte Demokratie und eine offene und vielfältige Gesellschaft. Bundesministerium des Innern und für Heimat, Berlin, 2024. URL: https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/strategie-gemeinsam-fuer-demokratie-und-gegen-extremismus-2284760 (accessed: 01.10.2024).
560. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Maßnahmen zur Demokratieförderung, Vielfaltgestaltung, Extremismusprävention und politischen Bildung. Drucksache 20/5823, 01.03.2023. URL: https://dserver.bundestag.de/btd/20/058/2005823.pdf (accessed: 01.09.2024).
561. Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Updated on 31 August 2024. URL: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_10_eng (accessed: 01.09.2024).
562. Klarstellung verfassungsrechtlicher Maßgaben für strafrechtliche Verurteilungen wegen ehrbeeinträchtigender Äußerungen. Pressemitteilung Nr. 49/2020. Bundesverfassungsgericht. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-049.html (accessed: 25.03.2024).
563. KRiStA – Netzwerk Kritische Richter und Staatsanwälte. URL: https://netzwerkkrista.de/symposium-16-11-2024-in-halle-saale/ (accessed: 16.11.2024).
564. Leuchtturm ARD. URL: https://leuchtturmard.de/ (accessed: 18.12.2022).
565. mabb stellt zehn Thesen für digitale Medienvielfalt vor. URL: www.mabb.de/uber-die-mabb/presse/pressemitteilungen-details/mabb-stellt-zehn-thesen-fuer-digitale-medienvielfalt-vor (accessed: 01.09.2024).
566. Media Pluralism Monitor 2024. URL: https://cmpf.eui.eu/media-pluralism-monitor-2024/ (accessed: 01.09.2024).
567. Mediengewichtungsstudie. URL: https://www.die-medienanstalten.de/forschung/mediengewichtungsstudie/ (accessed: 01.09.2024).
568. Medienvielfaltsmonitor 2024. URL: https://www.die-medienanstalten.de/forschung/medienvielfaltsmonitor/ (accessed 01.09.2025).
569. Medienvielfaltsmonitor 2024. URL: https://www.die-medienanstalten.de/forschung/medienvielfaltsmonitor/ (accessed 01.09.2025)
570. Meinungsfreiheit in Deutschland. Statista. URL: https://de.statista.com/themen/12932/meinungsfreiheit/ (accessed: 01.10.2025).
571. on Defence of Democracy. COM(2023) 630 final. Strasbourg, 12.12.2023. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023DC0630 (accessed: 01.09.2024).

572. Politische Einigung zum europäischen Medienfreiheitsakt. Unterstützenswertes Ziel – Kritik an der Umsetzung. URL: https://www.ard.de/die-ard/presse-und-kontakt/ard-pressemeldungen/2023/12-19-Politische-Einigung-zum-Europaeischen-Medienfreiheitsgesetz-100/ (accessed: 01.09.2024).
573. Positionspapier der Medienanstalten zum Verordnungsvorschlag der EU-Kommission. Berlin, 13.12.2022. URL: https://www.die-medienanstalten.de/service/positionspapiere/positionspapier-der-medienanstalten-zum-verordnungsvorschlag-der-eu-kommission/ (accessed: 01.09.2024).
574. Pressekodex. URL: http://www.presserat.de/pressekodex.html (accessed 01.09.2025).
575. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU. COM(2022) 457 final 2022/0277(COD). Brussels, 16.9.2022. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0457 (accessed: 01.09.2024).
576. Richtlinien für die Programme und Telemedienangebote des Bayerischen Rundfunks (Beschluss des Rundfunkrats vom 22. Juli 2024). URL: https://www.br.de/unternehmen/inhalt/organisation/rundfunkrat/richtlinien-programme-telemedienangebote-100.html (accessed: 29.08.2024).
577. Rule of Law Report 2024. COM(2024) 800 final, Brussels, 24.07.2024. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52024DC0800 (accessed: 01.09.2024).
578. Selbstverpflichtung beim Presserat. URL: https://www.presserat.de/selbstverpflichtung-onlinemedien.html (accessed 01.09.2024).
579. Shaping Europe's digital future. COM(2020) 67. Brussels, 19.2.2020. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:52020DC0067 (accessed: 01.10.2024).
580. Standard Eurobarometer 101 - Spring 2024. URL: https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3216 (accessed: 01.10.2024).
581. Ständige Publikumskonferenz der öffentlich-rechtlichen Medien e.V. URL: https://publikumskonferenz.de/forum/ (accessed: 18.12.2022).
582. Stark, B., Reinemann, C., Zieringer, L., & Stegmann, D. Monitoring von Meinungsmacht: Ein neuer Ansatz zur Sicherung vielfältiger Meinungsbildung im Plattformzeitalter. Bidt DE, 2024. URL: https://www.bidt.digital/publikation/monitoring-von-meinungsmacht-sicherung-von-meinungsvielfalt-im-plattformzeitalter/ (accessed: 01.09.2024).
583. Stellungnahme der Verbände zum Vorschlag der Nordrhein-Westfälischen Landesregierung zur Änderung des Rundfunkstaatsvertrags. S. 2-3. URL:https://www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Presse_und_Medien/Publikationen/2017/Juli/Positionspapier_Plattformregulierung/Positionspapier-Plattformregulierung-ANGA-BITKOM-ECO-ZVEI.pdf (accessed: 01.09.2023).
584. Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen — Europäisches Medienfreiheitsgesetz (2023/C 188/08). 30.05.2023. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IR5388 (accessed: 01.09.2024).

585. Stellungnahme zum Vorschlag der Anti-SLAPP-Richtlinie. Deutscher Richterbund. URL: https://www.drb.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/8 (accessed: 01.09.2024).
586. Strategie der Bundesregierung für eine starke, wehrhafte Demokratie und eine offene und vielfältige Gesellschaft. URL: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/ministerium/BMI24021.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (accessed: 01.09.2024).
587. The EMFA Must Live up to its Name, Open Letter. Brussels, 27 June 2023. URL: https://www.mvfp.de/fileadmin/vdz/upload/services/Downloads/Publishers_Open_Letter_EMFA.pdf (accessed: 01.09.2024).
588. The ubiquitous digital single market. URL: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/43/der-allgegenwartige-digitale-binnenmarkt (accessed: 01.09.2024).
589. Transparenzgesetz. URL: https://transparenzgesetz.de/ (accessed: 01.10.2024).
590. URL: https://gez-boykott.de/ (accessed: 18.12.2022).
591. URL: https://rundfunk-frei.de/ (accessed: 18.12.2022).
592. Violations by Article and by State. URL: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-violation-2024-eng (accessed: 01.12.2024).
593. Wehrhaft. Resilient. Nachhaltig. Integrierte Sicherheit für Deutschland. Nationale Sicherheitsstrategie. URL: www.bmvg.de/de/nationale-sicherheitsstrategie (accessed: 01.09.2024).
594. Zukunftsorientierte Vielfaltssicherung im Gesamtmarkt der Medien. Bericht der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) über die Entwicklung der Konzentration und über Maßnahmen zur Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk. URL: https://www.kek-online.de/publikationen/medienkonzentrationsberichte/siebter-konzentrationsbericht-2021/ (accessed: 01.09.2024).

Сообщения в медиа

595. О вызове в МИД России посла ФРГ в Москве. МИД РФ. URL: https://mid.ru/de/foreign_policy/news/1977077/?lang=ru (accessed: 24.10.2024).
596. Огородников, В.П. «Фальсификации сэра Карла Поппера». URL: www.youtube.com/watch?v=pY3IFlJhsh8 (accessed: 02.12.2023).
597. Политическая подоплека применения ЕСПЧ концепции «живого инструмента» в деле молдавской телекомпании NIT. Развитие правовых систем. URL: https://rpspress.ru/news/1357/ (accessed: 01.09.2024).
598. "Deutschland Kurier"-Chefredakteur zu Bewährungsstrafe verurteilt. Nachdenkseiten. URL: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ag-bamberg-nancy-faeser-meme-verleumdung-oeffentlicher-person-meinungsfreiheit (accessed: 08.04.2025).

599. „Kriegshexe“-Kommentar: Strack-Zimmermann verklagt Dortmunder. URL: https://www.waz.de/lokales/dortmund/article408411233/fdp-strack-zimmermann-als-kriegshexe-beleidigt-dortmunder-vor-gericht.html (accessed: 06.03.2025).
600. „Volksverhetzung“ – eine Verschärfung der Strafbestimmung. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=89732 (accessed: 01.05.2024).
601. Berger, J. Wenn westlicher Qualitätsjournalismus, Propaganda und Infokrieg gegen Russland Hand in Hand gehen. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=70340 (accessed 01.09.2024).
602. Blumenthal, M. Reuters, BBC, and Bellingcat participated in covert UK Foreign Office-funded programs to “weaken Russia,” leaked docs reveal. The Grayzone. URL: https://thegrayzone.com/2021/02/20/reuters-bbc-uk-foreign-office-russian-media/ (accessed 01.09.2024).
603. Bruch des Zwei-plus-Vier-Vertrags? Pistorius eröffnet NATO-Hauptquartier in Rostock. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=123122 (accessed: 15.10.2024).
604. Bundesverwaltungsgericht hebt COMPACT-Verbot auf. Pressemitteilung Nr. 48/2025 vom 24.06.2025. URL: https://www.bverwg.de/de/pm/2025/48 (accessed: 24.05.2025).
605. Degenhart, C. 75 Jahre Grundgesetz: Wie der Staat Meinungsfreiheit einschränkt. Frankfurter Allgemeine Zeitung. URL: https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien-und-film/christoph-degenhart-wie-der-staat-meinungsfreiheit-bedroht-19738785.html (accessed: 01.10.2025).
606. Die fragwürdige Finanzierung von Correctiv: US-Oligarchen und Bundesbehörden. NachDenkSeiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=110662 (accessed: 01.09.2024).
607. Die Meinungsfreiheit stirbt hinter schönen Fassaden. Cicero. URL: https://www.cicero.de/kultur/-der-digital-services-act-im-licht-der-verfassung (accessed: 01.09.2024).
608. Europarat muss Motor des Menschenrechtsschutzes bleiben. URL: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/aktuelles/detail/europarat-muss-motor-des-menschenrechtsschutzes-bleiben (accessed: 01.09.2024).
609. Ex-Verfassungsrichter warnt Groko vor Aushöhlung der Meinungsfreiheit. Stern. URL: https://www.stern.de/politik/deutschland/einschraenkung-der-meinungsfreiheit--frueherer-verfassungsrichter-warnt-35600562.html (accessed: 02.04.2025).
610. FAQ: Verfassungsbeschwerde der ARD zur Rundfunkfinanzierung. URL: https://www.ard.de/die-ard/FAQ-ARD-ruft-das-Bundesverfassungsgericht-an-100.pdf (accessed: 27.06.2025).
611. FDP-Politikerin Strack-Zimmermann als "Nazi" beleidigt: Geldstrafe für 63-Jährigen. URL: https://www.stern.de/news/fdp-politikerin-strack-zimmermann-als--nazi--beleidigt--geldstrafe-fuer-63-jaehrigen-35914400.html (accessed: 22.07.2025).

612. Fess, P. Revolution von oben: Die Fabian Society und die Ideen hinter der großen Transformation. Telepolis. URL: https://www.telepolis.de/features/Revolution-von-oben-Die-Fabian-Society-und-die-Ideen-hinter-der-grossen-Transformation-9314858.html (accessed: 01.11.2023).
613. Grau, A. Spiegel-Affäre. Lebendiges Museum Online, Stiftung Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. URL: http://www.hdg.de/lemo/kapitel/geteiltes-deutschland-modernisierung/bundesrepublik-im-wandel/spiegel-affaere.html (accessed: 01.09.2024).
614. Grenze der Meinungsfreiheit überschritten: Geldstrafe für Langener nach Online-Beleidigung von Marie-Agnes Strack-Zimmermann. URL: https://www.op-online.de/region/langen/geldstrafe-fuer-langener-nach-online-beleidigung-von-marie-agnes-strack-zimmermann-93658956.html (accessed: 03.04.2025).
615. Infosperber. URL: https://www.infosperber.ch/wp-content/uploads/2023/01/Amtsgericht-Tiergarten-Strafbefehl-Heiner-Buecker.pdf (accessed: 25.03.2024).
616. Klöckner, M. Die Tagesschau ist systematisch auf die Weltsicht westlicher Nachrichtenagenturen fixiert. Nachdenkseiten. URL: www.nachdenkseiten.de/?p=58762 (accessed: 01.11.2023).
617. Leidet das Verfahren an einem "Demokratieproblem"? Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-1bvr275620-erhoehung-rundfunkbeitrag-sachsen-anhalt-reaktionen-rundfunkfreiheit (accessed: 01.11.2023).
618. Medienkompetenz in der Schule steigt: LehrerInnen haben Misstrauen. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=64485 (accessed: 18.01.2024).
619. NDR extra 3 durfte Weidel "Nazi-Schlampe" nennen. Legal Tribune Online. URL: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-hamburg-324o217-17-alice-weidel-afd-ndr-nazi-schlampe-satire (accessed: 10.10.2024).
620. Neue Zensurbehörde? Medienaufseher gehen gegen unabhängige Online-Medien vor. Multipolar. URL: https://multipolar-magazin.de/artikel/neue-zensurbehorde (accessed 01.09.2023).
621. Öffentlich-Rechtliche Medien als Kritische Infrastruktur. Die Global Task Force (GTF) für öffentlich-rechtliche Medien. URL: https://www.zdf.de/unternehmen/organisation/oeffentlich-rechtliche-medien-als-kritische-infrastruktur-100.html (accessed: 18.08.2025).
622. Per Behördenkontrolle zur „Medienfreiheit“. Multipolar. URL: https://multipolar-magazin.de/artikel/medienfreiheitsgesetz (accessed: 01.09.2024).
623. Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts. 85. Geburtstag des ehemaligen Richters des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Hoffmann-Riem. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2025/bvg25-021.html (accessed: 03.05.2025).

624. Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts. Ehemaliger Bundesverfassungsrichter Konrad Hesse verstorben. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2005/bvg05-029.html (accessed: 01.10.2024).
625. Richter warnt: Meinungsfreiheit in der EU in akuter Gefahr. Berliner Zeitung. URL: https://www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/richter-warnt-meinungsfreiheit-in-der-eu-in-akuter-gefahr-li.2177580 (accessed: 18.01.2024).
626. Skandal-Urteil in Berlin: Amtsgericht verurteilt Friedensaktivisten wegen Rede „Nie wieder Krieg gegen Russland“. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=92952 (accessed: 25.03.2024).
627. Strack-Zimmermann erstattet monatlich 250 Anzeigen wegen Drohungen und Hetze. Der Spiegel. URL: https://www.spiegel.de/politik/deutschland/marie-agnes-strack-zimmermann-stellt-monatlich-250-anzeigen-wegen-drohungen-und-hetze-a-cd890890-4ab3-46f1-8643-8f039c2f5620 (accessed: 24.05.2025).
628. Unabhängigkeit und Staatsferne – nur ein Mythos? Bundeszentrale für politische Bildung. URL: https://www.bpb.de/themen/medien-journalismus/medienpolitik/172237/unabhaengigkeit-und-staatsferne-nur-ein-mythos/#node-content-title-14 (accessed: 01.09.2024).
629. Verbotene Meinung, bestrafte Gesinnung: Zur Europäisierung des deutschen Zensurregimes. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=104676 (accessed 01.09.2024).
630. Volksverhetzungs-Paragraf und Bundeszentralregistergesetz geändert. Deutscher Bundestag. URL: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw42-de-bundeszentralregister-915600 (accessed: 01.05.2024).
631. Warweg, F. „Maulkorb für Kriegsgegner“ – Verfassungsbeschwerde gegen Neufassung von „Volksverhetzung“-Paragraf 130 eingereicht. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=102457 (accessed: 01.05.2024).
632. Warweg, F. Faktencheck zu Unterrichtsmaterialien der Bundeszentrale für politische Bildung zum Ukraine-Krieg: Tendenziöse Sprache und nachweislich falsche „Fakten“. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=85208 (accessed: 01.10.2024).
633. Wer den Zustand der ARD beschönigt, wird ihre Glaubwürdigkeit noch weiter beschädigen. Nachdenkseiten. URL: https://www.nachdenkseiten.de/?p=49466 (accessed: 02.12.2023).
634. ZDF heute. Migrationspolitik: woran es bei der Integration hapert. URL: https://www.zdfheute.de/politik/deutschland/migration-deutschland-probleme-100.html (accessed: 16.09.2024).
635. Zwischen Publikumsrat und direktem Staatszugriff: öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Europa. MDR. URL: https://www.mdr.de/medien360g/medienpolitik/gremien-international-100.html (accessed: 18.12.2022).